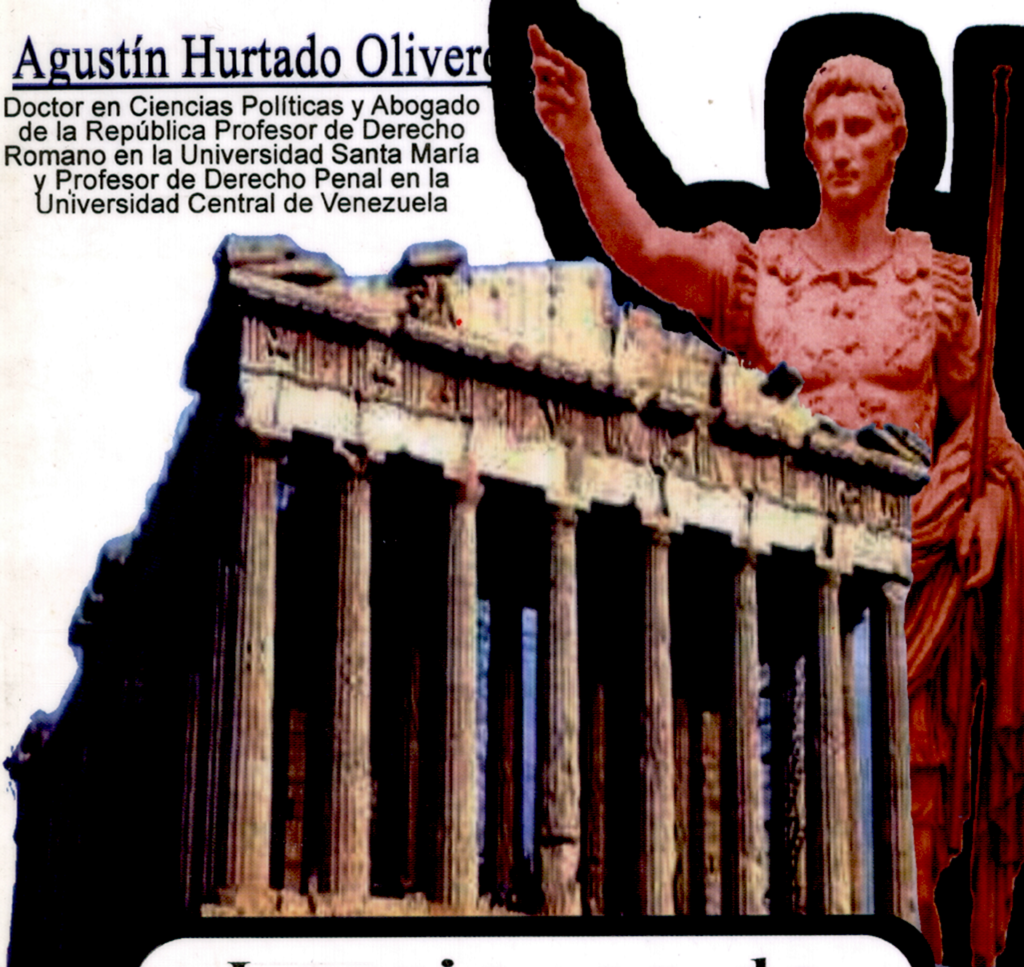
Agustín Hurtado Olivero

Doctor en Ciencias Políticas y Abogado de la República Profesor de Derecho Romano en la Universidad Santa María y Profesor de Derecho Penal en la Universidad Central de Venezuela



Lecciones de DERECHO ROMANO

Vol. II

AGUSTÍN HURTADO OLIVERO
Doctor en Ciencias Políticas y Abogado de la República
Profesor de Derecho Romano en la Universidad
Santa María y de Derecho Romano y Penal
en la Universidad Central de Venezuela

LECCIONES DE DERECHO ROMANO

VOLUMEN II

Editorial Buchivacoa

CONSTITUCION
Códigos
Leyes-Reglamentos
Convenios
VENEZOLANA

SERIE SIGLO XXI
NUEVAS LEYES

Desde
CAPATARIDA
Tierra Caquetía
Patrimonio Histórico de Falcón
Venezuela y el Mundo
Leen Textos Jurídicos
A la memoria del Gran Cacique Manaure
Y sus Indios Fundadores
-J.I.B.-

Titulo Original:	**Lecciones de Derecho Romano (Tomo 2)**
Autor:	Agustín Hurtado Olivero
Edita:	Ofelia de Hurtado
Edición:	Vigésima Primera 2007.
Cantidad:	1000 Unidades.
I.S.B.N.:	N° 980-07-3661-1 volumen 1
I.S.B.N.:	N° 980-07-3662-X volumen 2
Diseño Gráfico:	José Ignacio Bello
Texto y Arte:	Juan José Bello O.
Impresión:	Editorial Buchivacoa

Caracas-Venezuela 2007

Impreso en Venezuela.
Printed in Venezuela.

A MANERA DE PROLOGO

Consecuencia del deseo que siempre me ha animado de facilitar a mis alumnos el material de estudio que les es imprescindible para la comprensión de las asignaturas que regento, fue lo que me impulsó a recopilar para ellos el conjunto de conocimientos que forman el VOLUMEN I de esta obra; y ha sido ese mismo deseo, además de la buena acogida que ha tenido ese primer volumen, lo que me ha llevado a recopilar en este VOLUMEN II un grupo de temas más de los que exige el programa de estudio, faltando sólo para cubrir en su totalidad el mismo, los relativos al derecho sucesoral romano.

Contiene por tanto este VOLUMEN II lo concerniente a las obligaciones y sus fuentes, expuestas en forma sintética y metódica, para su mejor comprensión, sin pretender con ello suplir la lectura o consulta que deberán hacer los alumnos de algunas obras de Derecho Romano como las de Cristóbal Montes, Caramés Ferro, Bonfante, Petit, o algunas otras de las señaladas en la Bibliografía de este libro, necesarias para una mejor preparación de esta asignatura; ya que la finalidad perseguida con estas LECCIONES DE DERECHO ROMANO es sólo la de orientar o servir de guía a los estudiantes de los primeros años de derecho.

Considero además que con esta obra contribuyo a tratar de erradicar la inveterada práctica del "apunte", utilizado por los estudiantes en forma casi exclusiva para la preparación de sus materias, lo que conduce en muchos casos a adquirir un conocimiento errado, por contener la mayoría de ellos afirmaciones y conceptos incorrectos.

EL AUTOR.

"Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura".

Institutas de Justiniano".

CUARTA PARTE

OBLIGACIONES Y SUS FUENTES

TEMA XXXII

LA OBLIGACION — NOCIONES GENERALES — ELEMENTOS — EVOLUCION HISTORICA — CLASIFICACION.

Las Institutas de Justiniano definen la obligación como el vínculo jurídico en virtud del cual una persona (deudor) se halla constreñida a realizar una determinada prestación en favor de otra (acreedor), según el derecho de nuestra ciudad. (Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura).

Es tan importante el papel que desempeña el deudor que la definición sólo considera el vínculo jurídico desde el punto de vista de éste, y ello se debe a que la obligación viene a ser un estado anormal, que limita la libertad de acción de una persona, del deudor, en beneficio de otra persona, del acreedor; limitación que no puede perdurar indefinidamente sino que está destinada a desaparecer cuando el deudor cumpla la prestación prometida o cuando concurran cualesquiera de las otras causas que extingan ese vínculo.

Etimológicamente la palabra obligación deriva de "obligatio", la que a su vez deriva de la conjunción de "ob" y "ligare", que significa atar o amarrar; con lo cual quiere expresarse que por el hecho de contraer la obligación el deudor queda ligado a su acreedor.

Es de observar que la obligación en cuanto tiene de concepto unitario es el producto de la fusión de dos nociones que originalmente se presentaban separadas: el "debitum" y la "obligatio", la primera con el deber de cumplir la prestación y la segunda con la responsabilidad que surgiría del incumplimiento, que se haría efectiva sobre el cuerpo o sobre los bienes del obligado.

La primera de estas nociones, el debitum, no es en sus orígenes estrictamente jurídica, ya que frente al deudor incumplido, el acreedor tropezaría con la imposibilidad de conseguir la ejecución forzada de la prestación; pero puede, en cambio proceder contra

quien ha comprometido su cuerpo o su patrimonio en garantía de la deuda, sometiéndose al acreedor mediante una especie de ligadura que es a la que se ha denominado, obligatio.

Esta distinción que era notable en los tiempos en que la ejecución se hacía efectiva por medio de la entrega del obligatus al acreedor, desaparece al admitir que aquella recaiga sobre el patrimonio en los casos en que la ejecución forzada directa es posible, llegándose de esta manera a la noción de que la responsabilidad, que hasta entonces derivaba de un acto independiente, es inherente al débito, y por tanto al concepto moderno de la obligatio.

ELEMENTOS DE LA OBLIGACION

Los elementos constitutivos de toda obligación son cuatro: a) el sujeto activo o acreedor; b) el sujeto pasivo o deudor; c) el vínculo jurídico; y, d) el objeto o prestación.

El sujeto activo o acreedor (creditor) es la persona, física o jurídica, a favor de la cual existe el derecho y quien tiene la facultad de exigir del deudor el cumplimiento de la prestación.

El sujeto pasivo o deudor (debitor) es la persona, física o jurídica, obligada a ejecutar la prestación en beneficio del acreedor.

El vínculo jurdico es lo que permite distinguir la obligación de otras relaciones no jurídicas que pueden establecerse entre los particulares, ya que autoriza en unos casos al acreedor a constreñir al deudor al cumplimiento de la prestación mediante una acción, y en otros lo faculta simplemente para retener por medio de una excepción lo que el deudor le ha entregado voluntariamente. Como se observa, la sanción, que es en definitiva el medio por el cual se hace efectivo el vínculo jurídico, se manifiesta en unos casos bajo la forma de acciones y excepciones como sucede en las obligaciones civiles, y en otros solamente bajo la forma de excepciones como ocurre en las obligaciones naturales; y por eso se dice que toda obligación, tanto civil como natural, es una relación jurídica sancionada por el derecho.

El objeto de la obligación es la prestación que el deudor debe realizar en beneficio del acreedor. Consiste siempre en un acto que el deudor debe ejecutar en provecho del acreedor; actividad

esta que según el jurista Paulo se resumía en los siguientes verbos: "dare", "facere" y "prestare".

La obligación de dare consistía en la trasmisión de la propiedad de una cosa o en la constitución de cualquier otro derecho real sobre una cosa. Tal ocurre por ejemplo en el contrato de mutuo o préstamo de consumo, en el cual el mutuante o prestamista transfiere la propiedad de las cosas fungibles que le entrega al mutuario o prestatario; y en el de prenda, en el cual el deudor entrega una cosa al acreedor para constituir sobre ella un derecho real que le garantice al acreedor el pago de la deuda.

La obligación de facere era la que tenía por objeto cualquier acto del deudor que no fuera la entrega de una cosa. Sin embargo, Papiniano consideraba que dentro del término facere quedaban comprendidas las obligaciones de dare y de prestare, opinión que no compartía el jurista Pomponio para el cual el facere no comprendía la entrega de una cosa, sino la realización de cualquier otro acto, por ejemplo, cavar un foso, edificar una casa, pintar un cuadro, etc.

El facere podía consistir también en abstenciones (non facere) de los cuales existen en el Digesto numerosos ejemplos dados por los juristas, como el de no edificar más arriba de determinada altura, de no vender trigo en tal ciudad, de no cultivar determinadas tierras, etc.

El prestare se utilizaba para las obligaciones que tenían por objeto la entrega de una cosa con una finalidad distinta de la de trasmitir su propiedad o de constituir sobre ella un derecho real. Así la obligación de prestare era la que tenía por objeto la concesión del uso de la cosa a una persona, como ocurre en los contratos de comodato y de arrendamiento, o de transferir sólo su tenencia como ocurre en el caso del contrato de depósito.

También usaban los juristas romanos la expresión prestare para referirse a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios derivados de un hecho ilícito o para aquellos otros casos en que, hallándose las partes ligadas por un contrato de buena fe, la obligación del deudor se refiriera a alguna prestación de carácter accesorio, como la que pudiera derivar de haber incurrido en mora, de la culpa o de cualquiera otra violación del contrato que diera lugar a daños e intereses.

EVOLUCION HISTORICA DE LAS OBLIGACIONES

En el primitivo derecho romano no se conocía el término obligatio y la idea de obligación se expresaba con la palabra "nexum", que deriva de nectare, cuyo significado es ligar o anudar. Este vínculo fue al principio de carácter material pudiendo el acreedor encadenar al deudor que no había pagado su deuda, haciéndole responder por ella con su propio cuerpo. La Ley de la XII Tablas establecía en efecto, que el deudor que había reconocido su deuda o que hubiera sido condenado en juicio al pago de la misma, podía ser detenido por el acreedor, y se establecía en la misma ley el peso de sus cadenas y la alimentación que éste debía darle. Sesenta días después, si aún no se había realizado el pago, podía el acreedor venderlo o matarlo; y previendo la ley el caso de que existieran varios acreedores frente a un solo deudor, ordenaba que después del tercer día de mercado lo cortaran en pedazos, agregando que no debía considerarse fraude el que el reparto no se hiciera en forma proporcional a las acreencias.

Todo esto viene a demostrarnos que en la obligación la relación del sujeto del derecho con el objeto ha sido precedida por una relación personal, lo cual obedece seguramente a la circunstancia de que el derecho de crédito surgió confundido con el derecho penal, considerándosele como el resultado de una evolución de la pena. Parece que las primeras obligaciones que sancionó el derecho romano fueron las nacidas de los delitos; pues, cuando una persona ejecutaba un hecho que lesionara los derechos de otra, esta última podía hacerse justicia por sus propios medios, causando al ofensor un daño igual o mayor que el que éste le había ocasionado. Es lo que se llamó la "venganza privada", cuya primera limitación aparece con la ley del talión que exige que el daño causado al ofensor fuera de la misma naturaleza y extensión que el sufrido por la víctima: "ojo por ojo".

Con el tiempo llegaron a comprender los romanos que la sanción más eficaz contra el delito era la pena pecuniaria impuesta al ofensor, y es así como se llegó al sistema de la "composición voluntaria", en virtud de la cual la víctima renuncia al derecho de perseguir al delincuente mediante el pago de una suma de dinero fijada de común acuerdo; pero, como por este medio el ofendido llegaba a abusar de su derecho, exigiendo penas desproporcionadas, se terminó por establecer que el monto de la pena pecu-

niaria que debía satisfacer el ofensor sería fijado por la colectividad mediante una tarifa, con lo cual se llegó al sistema de la "composición legal". El derecho de la víctima se limita desde entonces a exigir una pena pecuniaria contra el ofensor. Pero, como el pago inmediato era a veces imposible por la cuantía de la pena, había que concederle al deudor un plazo y ofrecerse al acreedor una garantía que asegurara su cumplimiento. Para ello se emplearon las formalidades del "nexum", análogas a las de la "mancipatio", mediante las cuales el deudor en presencia de cinco testigos y el libripens se obliga a pagar en una época determinada, comprometiendo su propia persona en garantía de la deuda. Aquí encontramos precisamente, el origen penal del derecho de crédito.

Llegó luego un momento en que las exigencias de la guerra trajeron como consecuencia un creciente desarrollo del crédito, que sólo podía obtenerse mediante las formalidades del "nexum". Pero, como vencidos los términos, los deudores cuyos cultivos habían sido abandonados por largo tiempo, se encontraban en un estado de miseria que les imposibilitaba hacer frente a sus compromisos, venían a quedar en virtud del procedimiento de la "manus iniectio", en una situación de semiesclavitud respecto a sus acreedores; lo cual dio motivo a muchos abusos cometidos por los patricios contra los deudores plebeyos y a frecuentes protestas y alzamientos por parte de estos que culminaron con la sanción de la ley "Poetelia Papiria".

Como resultado de la sanción de esta ley el vínculo de la obligación afecta en primer término al patrimonio del deudor y sólo subsidiariamente a su persona. Desde entonces el deudor respondería de su deuda con sus bienes y no con su cuerpo; pero, a pesar del notable progreso logrado con esta ley la condición del deudor sometido a la manus iniectio del acreedor era aún dura puesto que no podía defenderse por si mismo, sino que debía constituir un "vindex" (fiador) que lo librara de tal situación, pues de lo contrario la condena recaería sobre su persona. Ahora bien, la constitución de un vindex era cosa sencilla para los patricios, pero no para los plebeyos, razón por la cual la ley "Vallia" vino a realizar un nuevo progreso al permitir al deudor evitar su prisión, defendiéndose por si mismo.

Dice Bonfante que el momento culminante en el proceso de transformación de la obligación penal en patrimonial, o lo que es

lo mismo, de la génesis de la obligación moderna, está representado por la promulgación de la ley "Poetelia Papiria", y que en cuanto al procedimiento ejecutivo, éste comenzó a tomar figura patrimonial sólo a partir de fines de la República, con la introducción de la "bonorum venditio".

Parece, en efecto, que las primeras manifestaciones de un procedimiento patrimonial en cuanto a sus efectos se encuentran en la institución de la "bonorum venditio", introducida según se cree, por el pretor Rutilio Rufo y la cual funcionaba de la siguiente manera: ante la demanda de un acreedor, y después de conceder al deudor cierto plazo para el pago, se procedía a la venta en masa de su patrimonio, para adjudicarlo a aquel de entre los posibles compradores que ofreciera una suma mayor, con la cual se habría satisfecho a los acreedores del ejecutado. No se trataba en síntesis sino de adjudicar el patrimonio del deudor a un nuevo titular que se obligara a pagar a los acreedores, y por eso la ejecución tenía que ser general. El "bonorum emptor", que era el nombre que se le daba al que adquiría el patrimonio del ejecutado, era para el derecho pretoriano un sucesor universal del deudor, que ejercía sus derechos y debía cumplir sus obligaciones. Pero como la bonorum venditio traía como consecuencia la tacha de infamia contra el deudor, la ley "Iulia" de César Augusto, permitió a los deudores de buena fe sustraerse a toda ejecución personal haciendo cesión de bienes a favor de sus acreedores.

Se observa pues, como la ejecución contra la persona exclusiva de la época primitiva, ha pasado a un segundo plano; pues, el acreedor debe dirigirse ahora en primer término contra el patrimonio de su deudor y sólo en caso de que éste no haga cesión de bienes o de tratarse de un deudor deshonesto o de mala fe, es que la ley le permite tomar medidas contra su persona y, aún así, la naturaleza de tales medidas tiende a transformarse, observándose como con el transcurso del tiempo, se sustituye la detención privada del deudor por el acreedor, por su prisión en una cárcel pública ya que, como lo destaca Bonfante, "la ejecución personal, mantenida por vía accesoria, debe tener lugar en prisiones públicas, a partir de fines del siglo IV después de Cristo".

El concepto de obligación se ha espiritualizado, pues de vínculo estrictamente personal ha pasado a considerárselo como una relación de carácter patrimonial, en la cual lo que interesa al acreedor

es el cumplimiento de la prestación debida por el deudor; carácter éste que se pone de manifiesto en un pasaje del Digesto atribuido al jurista Paulo en el que se asienta que "la sustancia de la obligación consiste en que se constriña a otro a darnos, hacernos o prestarnos alguna cosa" y de la definición misma de obligación que dan las Instituciones de Justiniano como el "vínculo jurídico que nos constriñe a realizar una determinada prestación, según el derecho de nuestra ciudad".

CLASIFICACION DE LAS OBLIGACIONES

A) **Atendiendo al vínculo contraído** pueden clasificarse en:

1º) Obligaciones del derecho civil y del derecho de gentes;

2º) Obligaciones civiles y honorarias,

3º) Obligaciones de derecho estricto y de buena fe; y,

4º) Obligaciones civiles y naturales.

I) **Obligaciones del derecho civil y del derecho de gentes.**

Esta clasificación es consecuencia de la división que existió en el derecho romano primitivo entre estos dos derechos. Eran obligaciones del derecho civil las derivadas de contratos sancionados por el derecho quiritario y del derecho de gentes las que surgían de otros contratos reconocidos por el ius gentium.

Al principio no se conocieron más obligaciones que las del derecho civil, cuyo número era limitado, pues aparte de ser esencialmente formales en su origen sólo vinculaban a los ciudadanos romanos entre sí. Eran las obligaciones derivadas del préstamo realizado mediante las formalidades del nexum, de la estipulación y del contrato literis.

Las obligaciones del derecho de gentes surgieron cuando el desarrollo que adquirió el comercio hizo indispensable la sanción de nuevos contratos, para los cuales no se requirió ya el empleo de solemnidades y que fueron accesibles también a los extranjeros como el comodato, el depósito, la venta, el arrendamiento, etc.

II) Obligaciones civiles y honorarias.

Esta clasificación no se refiere tanto al vínculo, cuya eficacia es la misma en ambas obligaciones, sino a la autoridad que las sanciona. Serían civiles las obligaciones sancionadas por las leyes, los senado-consultos y las constituciones imperiales; y honorarias las sancionadas por ciertos magistrados como los pretores en su afán de completar, corregir o suplir el derecho civil en bien de la utilidad pública.

Ahora bien, tan exigible era la obligación civil como la honoraria, pues en ambos casos se trataba de vínculos perfectamente sancionados, radicando sólo la diferencia entre estos dos tipos de obligaciones, en la época clásica, en lo que se refiere a la prescripción, pues las obligaciones civiles eran perpetuas en tanto que las honorarias prescribían al año, por ser éste el término durante el cual se hallaba en vigencia el Edicto.

Esta diferencia subsistió hasta después del Edicto Perpetuo que redactó Salvio Juliano, por orden del emperador Adriano, en el siglo II de nuestra era; pero desapareció más tarde con la Constitución de Teodosio II y Honorio, que estableció la prescripción de treinta años para toda clase de acciones, tanto reales como personales. Desde entonces tanto las obligaciones civiles como las honorarias fueron prescriptibles, perdiendo en consecuencia todo interés esta clasificación.

III) Obligaciones de derecho estricto y de buena fe.

Esta clasificación sólo interesa desde el punto de vista del derecho romano, por no haber pasado al derecho moderno donde todas las obligaciones son de buena fe.

Obligaciones de derecho estricto eran las que provenían del derecho quiritario, en el que imperaba un pronunciado formalismo que exigía la seguridad de las convenciones, ya que en esa época no podía recurrirse a otro medio de prueba que la de testigos, y era por tanto necesario impresionar fuertemente los sentidos de estos para que pudieran recordar y reproducir con fidelidad lo ocurrido en su presencia.

Las obligaciones de buena fe surgieron posteriormente, como

consecuencia de la repercusión que sobre el derecho quiritario ejerció el ius gentium al introducir nuevos contratos para cuyo perfeccionamiento no se exigieron formas solemnes, ya que podían concluirse por el solo consentimiento de los contratantes y probarse por escrito.

Cabe añadir que las obligaciones de derecho estricto derivaban de los contratos unilaterales como el nexum, la estipulación o el contrato litteris, mientras que las obligaciones de buena fe procedían de los contratos sinalagmáticos perfectos o imperfectos; y en ello radica justamente el interés de la distinción, pues cuando se intentaba una acción de derecho estricto no se sometía al examen del juez sino una sola relación de derecho y lo único que se trataba de investigar era si el crédito invocado existía y cual era su monto. No había otra cuestión por resolver, puesto que la acción de derecho estricto derivaba de un acto que por su naturaleza no obligaba sino a una sola de las partes.

Por el contrario, cuando se intentaba una acción de buena fe, como derivaba de un contrato sinalagmático, la misión del juez consistía en contemplar todas las relaciones de derecho a que el acto pudiera dar lugar. O sea, que cuando el demandado pretendía ser titular de un crédito correlativo de su obligación y surgido del mismo contrato, la equidad y la buena fe exigían que el juez examinara también esta pretensión, y que de considerarla justa, estimara en dinero los derechos de las dos partes a fin de que se operara la compensación correspondiente; como ocurriría por ejemplo en el caso en que el comodatario o el depositario comprobaran haber realizado gastos indispensables para la conservación de la cosa que habían recibido en comodato o en depósito.

Pero, aparte de esta diferencia fundamental, pueden señalarse entre las obligaciones de derecho estricto y las de buena fe algunas otras, como son:

a) En las obligaciones de derecho estricto no podían invocarse como causa de nulidad ninguno de los vicios del consentimiento, pues lo único que interesaba para admitir su existencia era el cumplimiento de las formalidades prescritas por la ley. En cambio, en las obligaciones de buena fe, tales vicios podían ser invocados por el deudor como defensas para no cumplir la obligación.

b) En las obligaciones de derecho estricto, la constitución del deudor en mora no modificaba su situación, ni producía ciertos efectos, como la obligación de restituir los frutos de la cosa debida, de pagar intereses, etc., que eran característicos de las obligaciones de buena fe.

c) Contra la obligación de derecho estricto no podía oponerse la compensación, de modo que el deudor demandado que a su vez fuera acreedor del demandante, no tenía otro recurso para hacer efectivo su crédito, sino el de demandar a su vez en un juicio distinto. En cambio contra una obligación de buena fe si podía oponerse la compensación.

d) Las obligaciones de derecho estricto no podían modificarse mediante pactos, en tanto que las obligaciones de buena fe si admitían la anexión de pactos que modificaran sus consecuencias.

IV) Obligaciones civiles y obligaciones naturales.

Es desde el punto de vista del vínculo jurídico la división que ofrece mayor interés, por haber sido admitida por las legislaciones modernas.

Obligaciones civiles eran aquellas que habían sido reconocidas y sancionadas por el ordenamiento jurídico, que autorizaba al acreedor para constreñir al deudor al cumplimiento de la prestación o lo facultaba para retener lo que el deudor le había entregado voluntariamente. O sea, que la sanción establecida por el ordenamiento jurídico para este tipo de obligaciones se manifestaba en unos casos mediante acciones y en otros bajo la forma de excepciones.

Obligaciones naturales era una expresión que se usaba para designar a algunas obligaciones a las cuales el legislador no ha podido o no ha querido reconocer y las ha privado en consecuencia de acción, aunque les conceda algunos otros efectos, como el de servir de causa suficiente para un pago; y a las cuales Bonfante llama "obligationes naturales tantum".

Al referirnos al vínculo jurídico como elemento constitutivo de las obligaciones, señalamos que se hacía efectivo por medio de la sanción, que se manifestaba en unos casos mediante acciones y

excepciones como ocurría con las obligaciones civiles, y en otros sólo bajo la forma de excepciones como sucedía en las obligaciones naturales; y es por ello que consideramos a la obligación natural como vínculo jurídico, porque su sanción es también jurídica.

Es cierto que en principio no admitía el derecho romano la existencia de una obligación desprovista de la acción que permitiera exigir en juicio su cumplimiento, pero no hay que olvidar que era el mismo derecho civil el que acudía en auxilio del acreedor de la obligación natural permitiéndole retener lo que el deudor de esa obligación natural le hubiera pagado voluntariamente, dotándolo de la "exceptio soluti retentio" para oponer a la acción del deudor que pretendiera hacerse restituir el importe de su pago; y es esto lo que permite distinguir la obligación natural de otros deberes morales o de conciencia.

Aparte del efecto principal ya señalado, la obligación natural podía producir algunos otros; a) el de poder convertirse en una obligación civil mediante la novación, que es un medio de extinguir una obligación haciendo nacer una nueva; b) el de poder garantizarse su cumplimiento mediante obligaciones civiles accesorias, como la constitución de fianzas, prendas o hipotecas; y, c) el de poder ser opuesta, en algunos casos, como compensación de otra obligación de naturaleza civil.

Hechos que dieron origen a obligaciones naturales.

Por no haber establecido los juristas romanos una teoría general de la obligación natural, sino que sólo se limitaron a reconocer su existencia en algunos casos que se les presentaban en la vida diaria, se hace necesario enumerar aquellos en los cuales admitieron su existencia:

a) El pago hecho a un liberto en virtud de un contrato celebrado con él, en su propio interés, durante su cautiverio; e igualmente, el pago realizado por un liberto en virtud de una obligación contraída mientras era esclavo, no pueden repetirse.

b) Los contratos celebrados por los filiusfamilias entre sí o con el paterfamilias bajo cuya potestad se hallen, los obligan naturalmente una vez emancipados.

c) La extinción de una obligación por habérsele opuesto a la acción intentada por el acreedor para lograr su cumplimiento la excepción del Senado-Consulto Mecedoniano, para eximirse del pago, dejaba subsistente una obligación natural a cargo del filiusfamilias y a favor del prestamista.

d) La capitis deminutio sufrida por una persona hacía que desaparecieran sus obligaciones civiles, las cuales quedaban subsistiendo como obligaciones naturales.

e) Los simples pactos o pactos desnudos (nuda pacta) no daban lugar a acciones para exigir su cumplimiento, pero si autorizaban para retener el pago realizado por razón del mismo, luego obligaban naturalmente.

f) Los contratos celebrados por los impúberes sui iuris, mayores de siete años, sometidos a tutela, sin la auctoritas del tutor originaban obligaciones naturales.

g) Los contratos celebrados por las personas puberes menores de 25 años sometidos a curatela, si habían sido celebrados sin el consensus del curador, no engendraban obligaciones civiles pero si obligaciones naturales.

Obligaciones naturales impropias.

Son consecuencia de una tendencia que surgió en el derecho justinianeo de asimilar a las obligaciones naturales, todos los deberes morales, religiosos o de otra fuente social que tuvieran carácter patrimonial y a los cuales se les reconoció el efecto jurídico de que no pudiera ser objeto de repetición lo que como consecuencia de ellos se hubiera pagado.

Los textos citan los siguientes casos:

a) La obligación del liberto de prestar sus servicios al amo que lo ha manumitido, aunque no se los haya prometido, porque tales servicios constituyen una deuda natural impuesta por la costumbre debido a la gratitud que el liberto debe a su antiguo amo.

b) Si la mujer creyéndose obligada a constituir una dote la entrega al marido, no puede luego exigir su repetición.

c) La prestación de alimentos, aunque los suministre el que no está legalmente obligado, si han sido suministrados por piedad, no pueden repetirse.

d) Si el deudor paga voluntariamente intereses por una suma recibida en préstamo, aun cuando los mismos no hayan sido convenidos ni por estipulación ni por un simple pacto, no pueden ser repetidos.

e) Lo pagado por la madre para redimir al hijo de la esclavitud, no puede repetirse.

f) Lo pagado por gastos funerarios de un pariente, por piedad, no pueden repetirse por existir el deber moral o de conciencia de cargar con dichos gastos.

B) **Conforme a la naturaleza de la prestación** pueden clasificarse en:

1º) Obligaciones divisibles e indivisibles;

2º) Obligacionse genéricas y específicas; y,

3º) Obligaciones alternativas y facultativas.

I) **Obligaciones divisibles e indivisibles.**

La obligación es divisible cuando la prestación que constituye su objeto es susceptible de cumplimiento parcial por referirse a cosas o hechos que puedan fraccionarse, de manera que cada parte constituya por si misma una unidad semejante a las otras partes y al todo.

La obligación es indivisible cuando su ejecución no puede verificarse por partes, bien porque el objeto se destruya, cambie de naturaleza o experimente una disminución en su valor.

La obligación que tuviera por objeto la trasmisión de la propiedad de un fundo sería una obligación divisible, y no lo sería aquella que tuviera por objeto la entrega de un esclavo o de un animal.

Entre las obligaciones que consisten en un "dare" hay que dis-

tinguir, las que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa y las que se refieren a la constitución de otro derecho real; pues aquellas cuyo objeto consistía en la trasmisión de la propiedad de una cosa material son divisibles siempre que se trate de un cuerpo cierto, en cambio cuando tiene por objeto cosas apreciadas por su género, cosas genéricas, son indivisibles. Sin embargo ciertas obligaciones genéricas son divisibles, como las que tienen por objeto cantidades de cosas, cosas fungibles y especialmente sumas de dinero.

Finalmente, las obligaciones de dare son indivisibles cuando tienen por objeto cosas incorporales, como la constitución de una servidumbre, con excepción del usufructo que puede constituirse parcialmente.

Las obligaciones que consisten en un "facere" son indivisibles cuando el deudor debe ejecutar un acto único, como edificar una casa, cavar un foso, pintar un cuadro; pues lo que no se ha concluido no está hecho: una casa construida en parte, no es una casa. Sin embargo la obligación que se refiere a actividades o servicios susceptibles de ser fraccionados para su cumplimiento y que pueden apreciarse cuantitativamente por su medida o por su tiempo, es divisible; así, sería divisible la obligación de construir un muro de una extensión determinada o de trabajar para otro durante cierto tiempo. En general, para determinar si el servicio es o no fraccionable y, en consecuencia, si la obligación es divisible o indivisible, es necesario investigar la forma en que se ha contratado para poder precisar la verdadera intención de las partes.

Las obligaciones de "non facere", son generalmente indivisibles, aunque hay casos en que pueden resultar divisibles; y por ello hay que establecer si la inacción que se exige al deudor corresponde o no a una actividad fraccionable, por cuyo motivo será divisible la obligación de no exigir una suma de dinero e indivisible la de no ejercer una servidumbre de paso.

Las obligaciones de "prestare", o sea aquellas en las que se debe entregar una cosa con una finalidad distinta a la de transferir su propiedad o constituir un derecho real sobre la misma, deben estimarse como indivisibles puesto que la entrega de la cosa es un simple acto y por tanto podrían considerárselas como obligaciones de facere. Sólo en ciertos casos excepcionales, como cuando la en-

trega deba recaer sobre cosas que puedan suministrarse por partes, como sería cuando se refieran a cantidades de cosas fungibles, es cuando podrían considerárselas como divisibles.

Ahora bien, el carácter de divisible o indivisible que pueda tener una prestación no interesa cuando en la obligación sólo concurren un acreedor y un deudor, pues en tal caso, ni el acreedor puede ser obligado a recibir ni el deudor a cumplir por partes la prestación, ya que aun cuando ésta sea divisible la obligación debe cumplirse como si fuera indivisible.

Si por lo contrario existen en la obligación varios acreedores o varios deudores, sí interesa determinar si la obligación es divisible o indivisible; pues, de ser divisible, el crédito o la deuda se divide de pleno derecho, y cada uno de los acreedores no podrá reclamar ni cada uno de los deudores puede ser obligado a pagar más que una parte proporcional de la prestación, por considerarse que hay tantos créditos o deudas distintos como acreedores o deudores hayan. En tanto que, si la prestación era indivisible los efectos fueron distintos en el derecho clásico y en el justinianeo.

II) Obligaciones genéricas y específicas.

Obligación específica es la que tiene por objeto una cosa cierta, individual y concreta, perfectamente determinada; por ejemplo si una persona se obliga a dar a otro el esclavo Primus.

Puede también la obligación comprender no sólo una sino varias prestaciones, sin que por ello deje de ser una obligación específica, con tal de que los varios objetos estén perfectamente determinados.

El interés que ofrece este tipo de obligaciones radica en que si la cosa debida perece por caso fortuito, el deudor queda liberado de la obligación, ya que siendo la cosa un cuerpo cierto no puede ser sustituido por otros.

La obligación genérica es la que recae sobre un objeto no determinado individualmente sino por ciertas cualidades naturales o económicas, y por su cantidad, medida o peso. La determinación de la prestación en esta clase de obligaciones tiene lugar por medio del género próximo y la cantidad. Así contrae una obligación

el caso en que dicho derecho deba ejercerlo un tercero, por haberlo así convenido las partes, pues en tal caso se extingue con su persona.

En lo que respecta a quien debe ser responsable o cargar con las consecuencias de la pérdida de la prestación en este tipo de obligaciones, hay que tener en cuenta para resolverlo las siguientes circunstancias:

1º) la extensión de la pérdida, pues esta puede alcanzar á todas o solamente a algunas de las prestaciones;

2º) el tiempo, ya que la pérdida de las varias prestaciones puede ser simultánea o sucesiva;

3º) la imputabilidad, ya que la pérdida puede deberse a culpa del deudor, a culpa del acreedor o a un caso fortuito; y,

4º) a cual de las dos partes contratantes corresponde la elección.

Para simplificar la solución de los diversos casos que podían presentarse en caso de que se hiciera imposible de cumplir una o todas las prestaciones, supongamos que la obligación alternativa no comprende más que dos prestaciones y que ambas consisten en cuerpos ciertos:

a) Si una de las prestaciones se ha hecho imposible de cumplir por caso fortuito, la obligación se convierte en pura y simple y el deudor debe cumplir la otra prestación, sea a él o al acreedor a quien le correspondiera la elección.

b) Si una de las prestaciones se ha hecho imposible de cumplir por culpa del deudor, deberá cumplir la otra, si la elección le corresponde a él; pero si la elección le corresponde al acreedor, éste puede escoger entre exigir el cumplimiento de la otra prestación o que se le pague el valor de la perdida.

c) Si una de las prestaciones se hace imposible de cumplir por culpa del acreedor el deudor puede cumplir la otra y exigir una indemnización por la perdida, según unos; y según otros, al perderse una de las prestaciones por culpa del acreedor quedaba el deudor liberado de toda obligación.

d) Si todas las prestaciones se hacían imposibles de cumplirse por caso fortuito, el deudor quedaba liberado.

e) Si ambas prestaciones se hubieran hecho imposibles de cumplir por culpa del deudor, éste debería el valor de la que hubiera perecido en último término, salvo en el caso de que la elección le correspondiera al acreedor, en cuyo caso éste podría optar porque se le pagara el valor de una u otra.

f) Si la primera se hubiere hecho imposible de cumplir por caso fortuito y la segunda por culpa del deudor, éste quedaría obligado por el valor de la última.

g) Si por lo contrario la primera se había hecho imposible de cumplir por culpa del deudor y la segunda por caso fortuito, el deudor debía quedar liberado, porque por la pérdida culpable de la primera prestación la obligación se habría transformado en pura y simple, obligado por tanto a cumplir la segunda, pero como esta se había hecho imposible de cumplir por caso fortuito, se extinguía su obligación. Sin embargo, como sin la culpa precedente del deudor, no se hubiera ocasionado la imposibilidad del cumplimiento de la segunda por caso fortuito, lo cual perjudica al acreedor, el derecho justinianeo concedió a éste una acción de dolo para hacerse indemnizar por el daño sufrido.

h) Si la primera prestación se hacía imposible de cumplir por caso fortuito y la segunda por culpa del acreedor, el deudor quedaba liberado.

i) Si, finalmente, la primera prestación se hacía imposible de cumplir por culpa del acreedor y la segunda por caso fortuito, o ambas por culpa del acreedor, el deudor quedaba liberado y podía además hacerse indemnizar el perjuicio sufrido.

Obligación facultativa es aquella en la cual el deudor se obliga al cumplimiento de una prestación determinada, pero se reserva la facultad de liberarse de la obligación realizando una prestación distinta de la prometida. Por ejemplo, si una persona se obliga a entregar el esclavo Primus, reservándose la facultad de liberarse de esa obligación mediante el pago de veinte ases.

Este tipo de obligaciones puede tener su origen en una dispo-

sición legal o en un convenio celebrado por las partes contratantes, aunque constituyen relaciones jurídicas de carácter excepcional. En ellas el acreedor no podrá exigir sino el cumplimiento de la prestación que se obligó el deudor a cumplir, en el caso del ejemplo anterior la entrega del esclavo Primus, pues es esta prestación la que entra "in obligatione", ya que el pago de los veinte ases sólo está "in facultate solutionis".

En lo referente a los riesgos que podían surgir en estas obligaciones, se aplican las siguientes reglas:

a) Si la prestación que formaba parte de la obligación siendo un cuerpo cierto había perecido por caso fortuito, el deudor quedaba liberado, aunque la prestación que se hallaba in facultate solutionis subsistiera. Con mayor razón quedaba liberado si habían perecido ambas por caso fortuito.

b) Si la prestación in obligatione había perecido por culpa del deudor, éste estaba obligado a cumplir la otra.

c) Si la prestación in facultate solutionis había perecido por caso fortuito o por culpa del deudor, éste estaba obligado a cumplir la prestación que se hallaba in obligatione ya que había perdido la facultad de elegir.

d) Si ambas prestaciones habían perecido por culpa del deudor el acreedor sólo podía exigir el pago de la que se hallaba in obligatione.

Las diferencias que existen entre estas obligaciones facultativas y las obligaciones alternativas son las siguientes:

1º) Las obligaciones alternativas son indeterminadas, pues tienen por objeto varias prestaciones, de las cuales el deudor sólo debe cumplir una, que se determina en el momento del pago cuando es a él a quien corresponde la elección, y en el momento en que el pago es requerido cuando se ha convenido en que la elección corresponda al acreedor. Las obligaciones facultativas son en cambio determinadas, puesto que una sola de las prestaciones es la que se halla in obligatione.

2º) En la obligación alternativa la pérdida por caso fortuito de una de las prestaciones no extingue la obligación, ya que el

deudor está obligado a cumplir la otra prestación; mientras que en la obligación facultativa cuando la prestación que está in obligatione ha perecido por caso fortuito se extingue la obligación.

C) **En razón de los sujetos que intervienen en la obligación,** se pueden clasificar en:

1º) Obligaciones de sujeto determinado o invariable y de sujeto indeterminado o variable.

2º) Obligaciones parciarias, mancomunadas o a pro rata y obligaciones correales o solidarias.

I) **Obligaciones de sujeto determinado o invariable y de sujeto indeterminado o variable.**

Generalmente el vínculo obligacional se establece entre dos sujetos individualmente conocidos o determinados y son ellos los mismos sujetos cuando la obligación se extingue; en este caso los sujetos de la obligación son determinados o invariables. Pero, puede suceder que la persona del deudor o la del acreedor no estén individualizadas en el momento del nacimiento del vínculo o que cambien para el momento en que la obligación deba extinguirse, en cuyo caso se dice que los sujetos son indeterminados o variables, llamándose también a estas obligaciones ambulatorias o propter rem.

Se trata de relaciones de derecho de carácter excepcional que se dan en muy contados casos, siendo los más importantes los siguientes:

a) La obligación de resarcir el daño causado por un animal o por un esclavo, que recaerá sobre la persona que sea su propietario en el momento en que el perjudicado intente la acción noxal.

b) La obligación de reparar el muro que corresponde al propietario del fundo sirviente en la servidumbre de oneris ferendi, que deberá realizarlo quien sea propietario de ese fundo sirviente al ser exigida la reparación y se verificará en favor de quien sea propietario del fundo dominante en ese momento.

c) La obligación del superficiario de pagar el solarium, del

enfiteuta de pagar el canon, así como la de estos y del propietario de pagar los impuestos vencidos, aun cuando esos pagos debieron haberse realizado por las personas que anteriormente ostentaron esos títulos.

d) La obligación que recae sobre el tercero adquirente de restituir la cosa obtenida mediante el empleo de violencia, que se hace efectiva por la víctima mediante el ejercicio de la actio quod metus causa.

II) Obligaciones parciarias, mancomunadas o a pro rata y obligaciones correales o solidarias.

Por regla general en cada obligación existe un solo acreedor y un solo deudor, pero hay casos en que la obligación se configura: con varios acreedores y un solo deudor, con varios deudores y un solo acreedor, y finalmente, con varios deudores y varios acreedores. Estas situaciones dan origen a dos clases de obligaciones: las parciarias, mancomunadas o a pro rata y las correales o solidarias.

Existe obligación mancomunada, parciaria o a pro rata cuando siendo varios los acreedores o los deudores, la obligación se desintegra en tantas obligaciones parciales como acreedores y deudores hallan, ya que cada acreedor sólo podrá exigir y cada deudor sólo está obligado a cumplir la parte de la prestación que le corresponda, partes que en caso de duda se presumen iguales.

Pero se da también el caso excepcional en que siendo varios los deudores o los acreedores, la ley haya establecido o las partes hayan dispuesto, que cualquiera de los acreedores pueda exigir a cualquiera de los deudores la totalidad de la prestación, y que cumplida la prestación a favor de uno de los acreedores y por uno de los deudores se extingue el crédito de los otros acreedores y queden liberados de la obligación los demás deudores. Estas obligaciones son las llamadas "correales" o "solidarias".

Se diferencia por tanto la obligación correal o solidaria de la obligación parciaria, mancomunada o a pro rata, en que en esta última la prestación se divide entre los distintos sujetos activos o pasivos de la obligación; en tanto que en la correal o solidaria, aun cuando el objeto de la prestación pudiera fraccionarse, no es admisible la división entre los acreedores ni entre los deudores,

sino que la prestación deberá ser cumplida por uno de los deudores y en favor de uno de los acreedores.

Como se observa la correalidad puede existir solamente entre los acreedores, cuando existen en la obligación varios acreedores y un solo deudor, en cuyo caso se dice que existe correalidad o solidaridad activa; puede existir solamente entre los deudores, cuando existen en la obligación un solo acreedor y varios deudores, en cuyo caso se dice que existe correalidad o solidaridad pasiva; y, finalmente, pueden existir en la misma obligación varios acreedores y varios deudores, diciéndose entonces que existe correalidad o solidaridad mixta.

Por razones didácticas continuaremos tratando este tema de las obligaciones correales o solidarias posteriormente.

D) Otras clasificaciones:

I) Obligaciones de dare, prestare y facere.

Conforme ya anteriormente lo indicamos, las obligaciones de "dare" consistían en la trasmisión de la propiedad de una cosa, o en la constitución de otro derecho real sobre una cosa; las de "prestare", eran aquellas que consistían en la entrega de una cosa sin que ello implicara transferencia de propiedad ni constitución de un derecho real sobre la misma; y las de "facere", eran aquellas que consistían en la realización de un acto por parte del deudor, que no implicara la entrega de una cosa, o en abstenerse de ejecutar algo ("non facere").

II) Obligaciones positivas y negativas.

Esta clasificación puede considerarse comprendida en la anterior, ya que serían obligaciones positivas aquellas que consistieran en un dare, un prestare o un facere; y serían obligaciones negativas las que implicaran un non facere.

III) Obligaciones simples y compuestas.

Simples, serían las obligaciones en la cual el deudor se obliga a realizar una sola prestación. Ej.: Entregar un caballo, pintar un cuadro, etc.

Compuestas, serían las obligaciones en la cual el deudor se obliga a realizar dos o más prestaciones. Ej.: Entregar un esclavo, un caballo y pagar cincuenta ases.

IV) Obligaciones transitorias y continuas.

Transitorias, eran aquellas obligaciones que limitaban temporalmente la actividad del deudor. Ej.: Pagar una suma de dinero, cavar una zanja, etc.

Continuas, eran las que limitaban la actividad del deudor de manera permanente. Ej.: las obligaciones que surgían para el tutor, las que derivaban de un contrato de sociedad, de un contrato de arrendamiento, etc.

Por regla general las prestaciones positivas eran transitorias y las negativas continuas, pero podía darse el caso inverso.

V) Obligaciones con o sin modalidades.

Las modalidades que generalmente afectan a las obligaciones son la condición y el término o plazo.

Si una obligación no está supeditada a ninguna modalidad, se dice que es una obligación pura y simple.

Obligación condicional, es aquella cuyo nacimiento o existencia o cuya extinción dependen de la ocurrencia de un acontecimiento futuro e incierto. Si es el nacimiento o la existencia de la obligación la que está supeditada al acontecimiento que podrá ocurrir o no, se dice que está afectada de una condición suspensiva; en tanto que si es su extinción, se dice que está afectada de una condición extintiva o resolutoria. Ejemplo, de la primera; te daré cien ases si llega una nave de Asia; y de la segunda: te daré mi caballo con la condición de que me lo devuelvas si adquieres otro.

Obligación a término, es aquella cuya exigibilidad o extinción dependen del advenimiento de un acontecimiento futuro y cierto. Si es la exigibilidad de la obligación la que está supeditada al acontecimiento que necesariamente ocurrirá, se dice que está afectada de un término o plazo suspensivo; en tanto que si es su extinción, se dice que está afectada de un término o plazo extintivo o resolutorio. Ejemplo, del primero: te pagaré lo que te debo el día último del mes; y del segundo: te cedo mi casa hasta que tu padre muera.

Posteriormente, y también por razones didácticas, continuaremos desarrollando el tema relativo a estas modalidades.

TEMA XXXIII

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES: GENERALIDADES — EL CONTRATO — DEFINICION — ELEMENTOS — DIVISIONES DE CONTRATOS.

Se entiende por fuentes de las obligaciones los distintos hechos que pueden dar nacimiento a una obligación, o sea, los hechos que pueden originar el vínculo que ligue a dos personas, constituyendo en favor de una de ellas (del acreedor) un derecho personal o de crédito y en contra de la otra (del deudor) un deber u obligación.

Estos hechos han tratado de clasificarlos los juristas de acuerdo a sus caracteres comunes, y así Gayo en sus Institutas asienta: que toda obligación nace de un contrato o procede de un delito, entendiendo por contrato todo acuerdo de voluntades reconocido y sancionado por el derecho civil y destinado a producir obligaciones civiles; y por delito, todo acto contrario al derecho, que por causar un daño a otro, se hallaba castigado por la ley con una pena.

De lo expuesto habría que concluir que en el derecho romano clásico no eran consideradas sino dos fuentes para las obligaciones: el contrato y el delito. Pero, esta clasificación resultaba insuficiente al considerar que en esa época existían otras obligaciones que no derivaban ni de contratos ni de delitos, por cuya razón el mismo Gayo, en otra de sus obras, denomina a estas nuevas fuentes de "variae causarum figurae" (varias especies de causas).

Y, en el Digesto de Justiniano al hacer referencia a la opinión de Gayo, se asienta: "Las obligaciones nacen o de un contrato, o de un delito, o por cierto derecho propio, según las varias especies de causas" y se enumeran como obligaciones originadas de las varias especies de causas, las siguientes: a) las que surgen de la gestión de negocios; b) las derivadas de la tutela; c) la de pagar los legados hechos por el testador, que pesa sobre los herederos; d) la de restituir lo pagado indebidamente, que pesa sobre la per-

sona que recibió dicho pago; e) la del juez que hizo suyo el proceso (cohecho); f) la de la persona desde cuya casa se arrojó o cayó una cosa que dañó a alguien; y, g) la de los capitanes, posaderos u hoteleros, de responder por los hurtos o daños cometidos en sus buques, posadas u hoteles.

Al desarrollar luego Justiniano en sus Institutas la clasificación que en el Digesto se atribuye a Gayo, se expresa: "La siguiente división (de las obligaciones) se determina en cuatro especies: pues, o nacen de un contrato, o como de un contrato, de un delito, o como de un delito". Y, se enumeran como obligaciones que nacen quasi ex contractu y quasi ex delicto, las mismas que para Gayo derivaban de las variae causarum figurae.

Es de observar que en las Institutas de Justiniano no se habla del cuasi-contrato ni del cuasi-delito, sino de obligaciones que nacen como de un contrato (quasi ex contractu) o como de un delito (quasi ex delicto); y que pese a la clasificación cuatripartita de los compiladores justinianeos, no se pretendió con ella poner de manifiesto cuatro categorías de causas jurídicas generadoras de obligaciones, sino que sólo se quiso indicar la analogía existente en cuanto a los efectos, entre las obligaciones quasi ex contractu y quasi ex delicto con las obligaciones ex contractu y ex delicto. Fueron los intérpretes del derecho romano quienes configuraron como categorías autónomas, como causas típicas generadoras de obligaciones, el cuasi-contrato y el cuasi-delito, al pretender encontrarles similitud, en cuanto a su naturaleza, con los contratos y con los delitos.

"Imposible de definir el cuasi-contrato, hay que acudir a considerarlo como un negocio jurídico en que falta el acto bilateral dirigido a crear un vínculo obligatorio. Mas, si al cuasi-contrato le falta lo que es más propio del contrato, la convención o acuerdo de voluntades, ¿cómo podemos hablar de analogía o semejanza del mismo con el contrato?. Por otra parte, entre el delito y el cuasi-delito es imposible encontrar afinidad alguna. Considerar que el delito es el acto ilícito doloso y el cuasi-delito el acto ilícito culposo resulta muy difícilmente trasplantable al derecho romano pues, en él, el damnum iniuria datum es un delito y, sin embargo, puede descansar en una conducta culposa (negligente) del autor". (Angel Cristóbal Montes — Curso de Derecho Romano — pág. 146 y 147).

Por estas razones ha sido rechazada por algunos romanistas modernos la clasificación de las fuentes de las obligaciones que aparece en las Institutas de Justiniano, y en virtud de que no se ha formulado una nueva clasificación que satisfaga plenamente, se inclinan a aceptar como más cónsona con la realidad la mencionada en el Digesto y atribuida a Gayo, que las agrupaba en contratos, delitos y varias especies de causas.

Es de anotar sin embargo que algunos códigos civiles como el Código Civil Francés y los que le han seguido consideran como fuentes de las obligaciones a los contratos, cuasi-contratos, delitos, cuasi-delitos y a la ley; y que desde que se promulgó el Código Civil Alemán existe la tendencia a reducir las fuentes de las obligaciones al contrato, a la ley y a ciertas promesas unilaterales.

EL CONTRATO

Los juristas romanos no llegaron a definir el contrato, y es sólo del análisis de los textos y en especial del Digesto que los romanistas han llegado a la conclusión, de que para la jurisprudencia clásica el contrato era: "el acuerdo de voluntades reconocido y sancionado por el derecho civil y destinado a producir obligaciones civiles".

Ahora bien, el acuerdo de voluntades entre dos personas o sea la convención no producía en el derecho romano plenos efectos jurídicos, ya que no daba lugar a acciones y excepciones, o sea a obligaciones civiles, sino tan sólo a obligaciones naturales; y que sólo aquellas convenciones a las cuales se adicionaba una solemnidad o un requisito formal o real, eran las que daban lugar a obligaciones civiles, denominándoseles "contratos" y asignándoles un nombre especial.

De lo dicho parece desprenderse que el contrato era, en el derecho romano, la convención nominada que producía acciones y excepciones, y que el pacto era la convención innominada que sólo daba lugar a excepciones; pero esto no puede considerarse como una conclusión absoluta, pues si bien es cierto que el contrato tenía un nombre propio y daba lugar a acciones y excepciones, salvo los contratos innominados que carecían de nombre especial; es también cierto que una gran cantidad de convenciones, los pactos vestidos, eran tan obligatorios como los contratos y tenían también

su propio nombre, unos sancionados por el pretor como la hipoteca y otros sancionados por los emperadores como los de dote y los de donación.

Es cierto que un gran número de convenciones o pactos, los pactos desnudos no estaban sancionados por acción alguna, ni tenían nombre, y sus efectos se limitaban a producir obligaciones naturales, pero esto no es suficiente para desconocer que hubiera otros que produjeran efectos plenos.

En resumen puede afirmarse que en el derecho romano, en la época de Justiniano, la convención era el género y el contrato la especie, y que el contrato estaba protegido por acciones y excepciones que le daban plena eficacia jurídica, lo que ocurría también con algunos pactos; pero existían también una gran cantidad de convenciones o pactos que carecían de nombre y que no estaban provistos de acción para exigir su cumplimiento, pero si estaban sancionados con una excepción.

ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS

Ya hemos dicho que los juristas romanos no construyeron una teoría del contrato, como tampoco lo hicieron del negocio jurídico, del cual el contrato no es sino una especie; por lo cual no puede encontrarse en sus obras una exposición sistemática sobre los elementos del contrato, pero la doctrina jurídica contemporánea tomando como base las soluciones concretas que se encuentran en el Corpus Iuris Civilis ha podido señalar tales elementos, a los cuales ha catalogado de: esenciales, naturales y accidentales.

Elementos esenciales son aquellos sin cuya concurrencia el contrato no llega a tener existencia, razón por la cual se les llama también requisitos del contrato. Si alguno de ellos falta el contrato no tendrá existencia legal. Entre estos hay que distinguir los que son esenciales a todos los contratos, como el consentimiento de las partes, el objeto y la causa, de aquellos que sólo se exigen para determinados contratos, como las palabras solemnes en la estipulación, las inscripciones en el contrato litteris, la datio en el mutuo, etc.

Elementos naturales son aquellos que normalmente acompañan a un contrato y contribuyen a caracterizarlo, pero pueden ser

excluidos por las partes mediante una cláusula expresa. Tal sería en la compra-venta la responsabilidad que le corresponde al vendedor por la evicción o por los vicios ocultos de la cosa vendida, que se considera implícitamente comprendida en el contrato, mientras las partes no dispongan lo contrario.

Elementos accidentales son aquellos que dependen única y exclusivamente de la voluntad de las partes, quienes pueden incluirlos en el contrato para modificar los efectos normales del mismo. Se les llama también modalidades, siendo los más frecuentes la condición, el término o plazo y el modus.

De estos tres elementos que la doctrina moderna ha denominado: elementos constitutivos de los contratos, ya hemos tratado los esenciales a todos los contratos al referirnos a los elementos esenciales de los actos o negocios jurídicos, de los cuales el contrato no es sino una especie, en el Volumen I, Tema XVIII de estas Lecciones, páginas 207 a 216, por lo cual consideramos innecesario reproducir aquí lo ya dicho. Sobre los elementos esenciales a cada contrato y a los naturales, nos referiremos al examinar cada uno de los contratos en particular; y de los accidentales haremos su desarrollo en tema aparte, posteriormente.

Señala también la doctrina moderna como otros elementos integrantes de los contratos y a los cuales ha denominado: elementos de validez, la capacidad de las partes contratantes y la ausencia de vicios que puedan afectar la voluntad o el consentimiento.

Para que un contrato sea válido el consentimiento debe emanar de personas capaces, por tanto la capacidad de los contratantes es un elemento imprescindible para la validez de todo contrato.

Consiste la capacidad en la aptitud de las personas para figurar en su propio nombre en un contrato, y como esto constituye la regla general bastará para saber quienes son capaces de contratar con estudiar las causas que modifican la capacidad jurídica, lo que ya se hizo en el Tema XIII, Volumen I, páginas 180 a 184 de estas Lecciones.

La ausencia de vicios que puedan afectar la voluntad o el consentimiento de las partes contratantes, nos indica que esta debe carecer de imperfecciones, lo cual nos conduce a estudiar las figuras jurídicas representantes de esos vicios, que son: el error, el

dolo y la violencia, lo cual constituyó el contenido del Tema XIX, Volumen I, páginas 217 a 222 de estas Lecciones.

DIVISIONES DE LOS CONTRATOS

En el derecho romano se pueden dividir o clasificar los contratos, de acuerdo con el aspecto bajo el cual se los contemple, en los siguientes grupos:

1º) **Atendiendo a su origen** se dividen los contratos en: contratos de derecho civil (iuris civilis) y contratos de derecho de gentes (iuris gentium). Los primeros son los que sólo pueden celebrarse entre ciudadanos romanos y los segundos los que pueden celebrarse entre ciudadanos y peregrinos o entre peregrinos entre sí.

A los primeros pertenecían: la estipulación, el mutuo, los contratos litteris; a los segundos, que nacieron del desarrollo del comercio entre Roma y los países de la cuenca del Mediterráneo y que se impusieron por obra del pretor peregrino, pertenecen especialmente los contratos consensuales de venta, arrendamiento, sociedad y mandato.

2º) **Por el modo de formarse** o sea por la manera como se perfeccionaban, se dividían los contratos en cuatro grupos: verbales (verbis), literales (litteris), reales (re) y consensuales (solo consensu).

Los verbales (verbis), se perfeccionaban mediante el empleo de palabras solemnes o sacramentales, como ocurría con la estipulación.

Los literales (litteris), que era los que se perfeccionaban mediante asientos realizados en los registros o codex que llevaban los ciudadanos para anotar las operaciones comerciales que realizaban, como ocurría con los "nomina transcriptitia a re in personam" y los "nomina transcriptitia a persona in personam".

Los reales (re), que era los que se perfeccionaban con la entrega de una cosa, como ocurría con el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda.

Los consensuales (solo consensu), que era los que sólo requerían para perfeccionarse del consentimiento de las partes contra-

tantes, como la venta, el arrendamiento, la sociedad y el mandato.

Desde este mismo punto de vista también se dividían los contratos en: formales y no formales; siendo formales los que requerían para su perfeccionamiento el empleo de formas solemnes, como los contratos verbis y los contratos litteris; y no formales los que no exigían formalidad alguna para su formación, como los contratos reales y los contratos consensuales.

3º) Habida consideración de los **poderes de apreciación del juez** se dividen los contratos en: contratos de derecho estricto (stricti iuris) y contratos de buena fe (bonae fidei).

Eran contratos de derecho estricto aquellos para cuya interpretación el juez no debía tomar en cuenta ninguna circunstancia extraña a los términos del contrato, como ocurría con el mutuo, los contratos verbales y los contratos litteris.

Los de buena fe (bonae fidei) eran en cambio, aquellos que debían ser interpretados por el juez, quien gozaba de amplitud para apreciarlos según la equidad y teniendo también en cuenta la buena fe y la intención presunta de las partes, de acuerdo con el principio que formulara Papiniano de que en las convenciones debe atenerse más que a las palabras, a la verdadera voluntad o intención presunta de las partes. Eran contratos de buena fe, el comodato, el depósito, la prenda y todos los contratos consensuales.

4º) Desde el punto de vista de sus **efectos**, los contratos se dividían en: unilaterales y bilaterales o sinalagmáticos.

Eran **unilaterales** los que engendraban obligaciones a cargo de una sola de las partes contratantes, como ocurría con el mutuo en el cual el único obligado era el mutuario o prestatario, e igualmente con la estipulación en que el único obligado era el promitente.

Bilaterales o sinalagmáticos, eran en cambio los que originaban obligaciones para todas las partes contratantes, como ocurría con la venta, el arrendamiento, etc.

Entre los contratos sinalagmáticos los intérpretes distinguieron los perfectos y los imperfectos. Sinalagmáticos perfectos eran los que desde el momento mismo de su formación engendran obli-

gaciones para todas las partes contratantes, como la venta, el arrendamiento, la sociedad, etc.; en tanto que, sinalagmáticos imperfectos eran aquellos en los cuales al concluirse el contrato sólo originaban obligaciones para una de las partes contratantes, pero que luego por circunstancias posteriores y eventuales, podían nacer obligaciones para la otra parte, como ocurría en el comodato, el depósito, el mandato, etc.

Los contratos unilaterales eran de derecho estricto, en cambio los sinalagmáticos, tanto perfectos como imperfectos, eran de buena fe; y se reconocían fácilmente los sinalagmáticos imperfectos porque daban lugar a dos acciones del mismo nombre, a una de las cuales se le agregaba la palabra "**directa**" y a la otra la palabra "**contraria**", así como el comodato originaba las acciones: comodati directa y comodati contraria, el depósito originaba las acciones: depositi directa y depositi contraria, y el mandato daba origen a las acciones: mandati directa y mandati contraria.

5º) Por su **naturaleza** se dividían los contratos en gratuitos y onerosos. Eran gratuitos aquellos que proporcionaban a alguna de las partes una ventaja sin que existiera contraprestación o desembolso de su parte, como ocurría en el mutuo, el comodato, el depósito, etc.; y onerosos, los que implicaban sacrificios o desembolsos económicos recíprocos.

Los contratos onerosos se subdividían en conmutativos y aleatorios. Conmutativos cuando las prestaciones a cargo de las partes eran ciertas, como ocurría en el comodato, depósito, prenda, sociedad, etc.; y aleatorios, cuando éstas dependían de un acontecimiento incierto, como en el contrato de seguro, la renta vitalicia, etc.

6º) Por la **dependencia** que entre ellos pudiera existir, los contratos se dividían en: principales y accesorios. Principales, cuando no dependían de otro, existían por si mismos, como la venta, el arrendamiento; y accesorios, cuando su existencia dependía de la existencia de otro contrato al cual iban unidos, como la fianza, la hipoteca, etc.

7º) Atendiendo a su **calificación**, se dividían en nominados e innominados.

Eran nominados aquellos a los cuales la ley les había asigna-

do un nombre, como la venta, el comodato, el arrendamiento, etc.; en tanto que innominados eran aquellos a los cuales la ley no les había asignado nombre alguno o denominación especial, pero que sin embargo podrían configurar una de las cuatro actividades siguientes:

Do ut des (Doy para que des)

Do ut facias (Doy para que hagas)

Facio ut des (Hago para que des)

Facio ut facias (Hago para que hagas)

TEMA XXXIV

LOS CONTRATOS REALES: CONSIDERACIONES GENERALES — EL MUTUO — DEFINICION — CONDICIONES — CARACTERES— EFECTOS — ESTIPULACION DE INTERESES — RIESGOS — ACCIONES — SENADO-CONSULTO MACEDONIANO.

Lo que caracteriza a los contratos reales es que aparte de los elementos esenciales que requiere todo contrato: consentimiento, objeto y causa, es necesario que haya tradición de una cosa de una de las partes a la otra.

Comprende esta categoría de contratos reales: el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda. Algunos romanistas incluyen también la fiducia por la circunstancia de que requería la entrega de una cosa mediante la mancipatio o la in iure cessio y daba lugar a una acción, la actio fiduciae.

El antiguo derecho civil romano sólo admitió que si la entrega de las cosas se realizaba con las formalidades del nexum (con el cobre, la balanza y los cinco testigos), surgía la obligación para el que las recibía de devolverlas; luego se admitió que cuando las solemnidades del nexum no se hubieran cumplido y no hubiera sino simple tradición de las cosas prestadas, el que las recibiera se hallaba obligado a devolverlas por aplicación del principio de que nadie debe enriquecerse a expensas de otro; y hacia el fin de la República se admitió que la simple tradición de las cosas, agregada al consentimiento de las partes, era suficiente para dar nacimiento a un contrato que se denominó **"mutuo"**.

El comodato, el depósito y la prenda eran entonces simples convenciones, pues aunque las cosas hubieran sido realmente entregadas por una de las partes a la otra, no conferían acción al tradens para exigir del accipiens su devolución. Sin embargo hacia el fin de la República el pretor concedió al tradens una acción "in factum" contra el accipiens que dolosamente se negaba a devolverlas; acción esta que bajo el Imperio, al sancionar el comodato, el depósito y

la prenda como contratos reales se convierte en una "actio in ius", con una denominación distinta para cada uno de estos contratos.

No quiere decir esto que con anterioridad no se utilizaran el comodato, el depósito y la prenda, sino que entonces se recurría a otro procedimiento que era el siguiente: el tradens trasmitía la propiedad de la cosa dada en comodato, en depósito o en prenda al comodatario, depositario o acreedor prendario, por medio de una mancipatio o una in iure cessio, y al mismo tiempo celebraba con aquellos un pacto de fiducia que daba origen a la actio fiduciae, en virtud de la cual podía obligarles a que le volvieran a transferir la propiedad de la cosa.

El comodato, el depósito y la prenda tienen caracteres comunes que difieren sustancialmente del mutuo, siendo ellos los siguientes:

a) El comodato, el depósito y la prenda son contratos sinalagmáticos imperfectos, en tanto que el mutuo es un contrato unilateral.

b) El comodato, el depósito y la prenda son contratos de buena fe, en tanto que el mutuo es un contrato de derecho estricto.

c) El comodato, el depósito y la prenda tenían por objeto cosas ciertas, individualmente determinadas; en tanto que el mutuo tenía siempre por objeto cosas inciertas, sólo determinadas por su peso, número o medida.

d) El comodato, el depósito y la prenda eran contratos del derecho de gentes, por tanto podían ser usados tanto por los ciudadanos como por los peregrinos; en tanto que el mutuo era un contrato de derecho civil por cuyo motivo su uso estaba reservado a los ciudadanos.

e) En el comodato, el depósito y la prenda la tradición de las cosas no trasmitía la propiedad de estas al accipiens; en tanto que en el mutuo la tradición de las cosas tiene por objeto transferir la propiedad de estas del mutuante al mutuario y por tanto el mutuante o tradens debe ser propietario de las mismas.

EL CONTRATO DE MUTUO O MUTUUM

El mutuo o préstamo de consumo era un contrato real, por medio del cual una persona llamada mutuante o prestamista entregaba en propiedad una suma de dinero u otra cantidad de cosas fungibles a otra persona llamada mutuario o prestatario, que se obligaba a devolver una cantidad igual de cosas del mismo género y calidad dentro de cierto plazo.

El jurista Gayo nos dice: "El mutuo es llamado así porque lo que te es dado por mi, de "MIO" que era se vuelve "TUYO" (Ex meo tuum)"; y Paulo, tratando de explicar la esencia del mutuo se expresa: "Mas se llama dación de mutuo, por esto, porque de mío, tuyo se hace algo; y por lo tanto, si no se hiciera tuyo, no nace la obligación".

CONDICIONES NECESARIAS PARA QUE HAYA MUTUO

Para que hubiera mutuo debían darse las siguientes condiciones:

a) Transferir al mutuario la propiedad de las cosas prestadas;

b) Que el objeto del contrato fueran cosas fungibles; y,

c) Que el mutuario tuviera capacidad legal para obligarse.

La transferencia de la propiedad de las cosas prestadas al mutuario o prestatario era una condición indispensable pues de lo contrario este no tendría facultad para consumirlas, de lo cual se deduce que el mutuante o prestamista debía ser propietario de las mismas y debía tener capacidad para enajenarlas y entregárselas al mutuario. Por tanto:

A) Si la persona que hacía la tradición de las cosas no era su propietario, no había mutuo, y podía el verdadero dueño reivindicarlas de manos del poseedor; pero, si éste las había consumido, había que establecer si había procedido de buena o de mala fe. Si el mutuario había procedido de buena fe, o sea, creyendo que las cosas pertenecían al que le había hecho la tradición de las mismas, tenía lugar lo que se llamaba la "reconciliatio mutui", en virtud de la cual se consideraba que el mutuo había sido consentido por el verdadero propietario, quedando el mutuario obligado para con

éste. En tanto que, si había obrado de mala fe, es decir, sabiendo que las cosas no pertenecían al que le había hecho tradición de las mismas, podía intentarse contra él la acción "ad exhibendum" por la cual se le obligaba a presentar la cosa para entregarla al verdadero propietario o a pagar el valor que se estimara.

B) Si el mutuante o prestamista no tenía capacidad para enajenar, por ejemplo, si un pupilo prestaba sus cosas sin la auctoritas de su tutor, no había mutuo, y podía hacérselas devolver por medio de la acción reivindicatoria. En cambio que si las cosas habían sido consumidas, había que distinguir también si había habido buena o mala fe del accipiens. Si habían sido consumidas de mala fe, se daba al pupilo la acción "ad exhibendum"; en tanto que si habían sido consumidas de buena fe, se le concedía según unos, la "condictio sine causa", y según otros, la "condictio ex mutuo", fundada la primera en el principio del enriquecimiento sin causa y la segunda en la ficción de que el mutuo se había formado en el momento del consumo de las cosas.

C) En lo que respecta a la entrega o tradición de las cosas, parece que al principio se exigió el traspaso de las cosas de manos del mutuante a las del mutuario, pero luego se admitieron excepciones que constituyeron modos indirectos de trasmitir la propiedad, como ocurría cuando el mutuante ordenaba a un deudor suyo que entregara al mutuario la cantidad objeto del mutuo; cuando el mutuante daba al mutuario alguna cosa para que la vendiera y lo autorizara para retener el precio en calidad de préstamo; o cuando entre dos personas se convenía en que lo que una debía a la otra por cualquier otro concepto lo conservara en calidad de préstamo.

Además se admitieron como equivalentes de la entrega real de las cosas la traditio symbolica, la traditio longa manu, la traditio brevi manu y el constitutum possessorium (Ver Volumen I, pág. 331).

Era necesario que el contrato tuviera por objeto cosas fungibles, o sea cosas que se aprecian por su número, peso o medida, como sería el dinero o los cereales. Si se daban cosas en especie, o sea, individualizadas, no había mutuo, ya que el mutuario no podía consumirlas.

Por último, era necesario que el mutuario tuviera capacidad

legal para obligarse a restituir una cantidad igual de cosas del mismo género, y por ello tenía que ser capaz para adquirir y para obligarse por contrato; porque si un pupilo, por ejemplo, recibía una cantidad en préstamo sin la auctoritas de su tutor, no se podía intentar contra él la acción nacida del mutuo, porque el contrato no se había perfeccionado. Sólo podía ser perseguido por la acción derivada del enriquecimiento sin causa, la de in rem verso, para obligarle a restituir en la medida en que se hubiere enriquecido.

CARACTERES DEL MUTUO

El mutuo ofrecía los siguientes caracteres:

a) Era un contrato real, porque se perfeccionaba con la entrega de las cosas que constituían su objeto.

b) Era un contrato no formal, puesto que aparte de la entrega de las cosas que constituían su objeto, no se requería ninguna solemnidad.

c) Unilateral, porque el único obligado es el mutuario o prestatario, quien queda obligado a devolver al mutuante o prestamista igual cantidad de cosas que las recibidas y de la misma especie y calidad.

d) De derecho civil, por lo cual sólo podía ser utilizado por los ciudadanos romanos.

e) De derecho estricto, por cuyo motivo el juez y las partes tenían que atenerse a la letra del contrato, no admitía interpretaciones analógicas, ni por vía de equidad.

f) Gratuito, ya que es prácticamente un favor que hace el mutuante o prestamista al mutuario o prestatario y por tanto no puede derivarse lucro alguno para el mutuante.

g) Conmutativo, pues desde el momento mismo de formarse el contrato el mutuario o prestatario conoce la extensión de su obligación, la cual no está supeditada a ningún hecho casual.

h) Era el único de los contratos reales que trasmite la pro-

piedad de las cosas cuando el mutuante hace tradición de ellas al mutuario, quien al hacer uso de las mismas generalmente las consume, y por ello se le denomina préstamo de consumo.

EFECTOS DEL MUTUO

Como el único obligado en este contrato era el mutuario que había recibido las cosas del mutuante, de las cuales se hacía propietario y disponía a su arbitrio, su obligación no tenía por objeto devolver las mismas cosas sino otras de la misma especie y calidad y en igual cantidad a las recibidas.

No podía obligarse a restituir más de lo que hubiera recibido porque siendo el mutuo un contrato gratuito no podía originar lucro alguno para el mutuante, así no podía obligarse a devolver 50 sacos de harina si sólo había recibido 40; pero, si podía convenirse en que devolviera menos de lo recibido, en cuyo caso se consideraba el excedente como una donación.

La devolución debía ser hecha por el mutuario el día convenido cualquiera que fuera el valor que tuvieran las cosas en el momento de restituirlas, beneficiándose si el valor de éstas es menor que el que tenían para el momento en que le fueron entregadas y perjudicándose si es mayor; pues, si se rehusa a hacerlo para evitar el perjuicio, será condenado por el juez a pagar el valor exacto que las cosas tenían en el momento en que debía devolverlas.

Si las partes no habían fijado fecha para la devolución de las cosas, correspondía al juez establecer la oportunidad en que esa devolución debía tener lugar.

Podía también subordinarse la existencia o nacimiento de este contrato así como su resolución por una condición suspensiva o extintiva, como por ejemplo si al entregar las cosas prestadas el mutuante al mutuario convinieran en que esa tradición no transfiriera la propiedad sino en el caso de que ocurriera un determinado acontecimiento, o de que el mutuo terminara al ocurrir ese acontecimiento.

Podían además introducirse otras modalidades, como la designación de un lugar para efectuar la devolución de las cosas, que la restitución se hiciera por partes en diversas oportunidades, etc.

ESTIPULACION DE INTERESES

El mutuo era un contrato esencialmente gratuito y por tanto el mutuante no podía exigir del mutuario el pago de intereses, ni aun en el caso de que el mutuario hubiera convenido por un pacto en el pago de los mismos, en virtud del carácter de contrato de derecho estricto del mutuo; pero, como el servicio que presta el mutuante al mutuario supone como condición la privación del goce de su capital durante el tiempo del préstamo y el riesgo de perderlo, era lógico que pudiera asegurarse una utilidad, para lo cual se ideó el realizar el mutuante y el mutuario un contrato de estipulación por los intereses.

Hecha la estipulación de intereses, el mutuante tenía dos acciones distintas contra el mutuario: una nacida del mutuo, para exigir del mutuario la devolución de las cosas prestadas; y la otra que surgía del contrato de estipulación para exigir el pago de los intereses estipulados.

El simple pacto no obligaba al mutuario a pagar intereses ni daba al mutuante acción alguna para exigirlos, ya que el simple pacto no engendraba obligaciones, pero el mutuario quedaba obligado naturalmente y si voluntariamente pagaba dichos intereses no podía exigir la repetición de lo pagado.

Había sin embargo cuatro casos en los cuales el simple pacto de pagar intereses obligaba civilmente al mutuario. Son los siguientes:

1º) Cuando el prestamista hubiera sido una ciudad.

2º) Cuando el mutuo tenía por objeto cosas que no fueran dinero, como trigo, aceite u otras cosas fungibles. Dan como justificación los juristas romanos de esta excepción, que el valor de la moneda es absolutamente fijo, mientras que el de las demás cosas se presta a variaciones permanentes.

3º) Cuando el préstamo había sido hecho para la explotación del comercio marítimo que se denominaba "nauticum foenus" (préstamo a la gruesa en nuestro derecho), en cuyo caso el mutuario sólo estaba obligado a devolver la suma recibida y los intereses convenidos si el barco arribaba felizmente al lugar de destino, pues de lo contrario nada debía.

4º) Cuando el prestamista fuera un banquero. Excepción establecida por Justiniano al eximir a los banqueros de la necesidad de hacer una estipulación para que los intereses corrieran a su favor.

Rata o tasa del interés

Establecido ya que las partes pudieran mediante un contrato de estipulación convenir en el pago de intereses sobre la suma prestada, surge el problema de determinar si la rata o tasa de los mismos podía ser fijado libremente por las partes o si existía una disposición legal que fijara el monto de estos.

Parece ser que antes de la promulgación de la Ley de las XII Tablas la fijación del tipo de interés era arbitrario y que los decenviros fueron los que, tomando en consideración la situación en que se encontraban los plebeyos extorsionados por intereses usurarios, establecieron en la Ley de las XII Tablas el límite máximo de las usuras lícitas el "unciarum foenus (8 1/3 %)", o sea la doceava parte del capital prestado (equivalente a una onza por as, ya que el as se dividía en doce onzas).

Posteriormente, considerándose demasiado elevado la rata o tasa del interés, se redujo a la mitad llamándose desde entonces "semiunciarium foenus"; y poco tiempo después (342 a. C) la Ley Genucia, estableció la prohibición de realizar préstamos a interés como una medida de alcanzar la paz que se hallaba alterada por la agitación de los plebeyos deudores.

Pero, como aparte de propiciar fraudes y actuaciones dolosas por parte de los prestamistas para burlar las disposiciones de la ley, como era el valerse de intermediarios de condición inferior como los libertos a los cuales no les era aplicable, la prohibición de la Ley Genucia originó que se hiciera dificultosa la obtención de dinero en préstamo, por lo cual fue necesario que en época de Sila se dictara una ley, (la Lex Cornelia Pompeia unciaria) que permitió el interés del 1% mensual, o sea, del 12% anual y que se llamó "centesimae usurae" o "legitimae usurae".

Justiniano en una Constitución del año 528 incluida en el Código, considerando exorbitante la tasa de interés y la necesidad de reducirla a un tipo más justo, establece una reglamentación en

la cual conserva el sistema del cálculo de los intereses por mes y el de la fijación de un máximo que no puede ser excedido, pero toma en cuenta la calidad de la persona del acreedor. Así el sistema establecido por Justiniano es el siguiente:

1º) La tasa máxima que puede estipularse como intereses por un acreedor es del 6% anual, o sea del ½% mensual.

2º) Si el acreedor es una persona ilustre o que pertenezca a un rango social más elevado, no le está permitido estipular intereses que excedan del 4% anual.

3º) Los banqueros y demás comerciantes pueden convenir intereses que no excedan del 8% anual.

4º) En el préstamo marítimo (nauticum foenus) se permitió fijar intereses hasta el tipo máximo del doce por ciento anual.

5º) Finalmente, prohibió que se pudiera seguir exigiendo intereses cuando los ya vencidos, aunque se hubieran pagado, alcanzaran al montante del capital prestado; y mantuvo la prohibición de que los intereses no pagados se transformaran en capital productor de nuevos intereses (anatocismo), prohibición que databa desde la época clásica, pero la prohibición de Justiniano fue más amplia puesto que alcanzó también al acuerdo, válido en el derecho clásico, según el cual el deudor podía aceptar la conversión de su deuda de intereses en una nueva deuda de capital.

RIESGOS EN EL MUTUO

Los riesgos de pérdida o deterioro a que estén expuestas las cosas dadas en mutuo corren a cargo del mutuario o prestatario, pues como al hacerle tradición de dichas cosas se le trasmite la propiedad de las mismas deberá soportar la pérdida, en virtud del principio de que las cosas perecen para su dueño (res perit domino), y por tanto siempre estará obligado a devolver al mutuante o prestamista cosas de la misma especie o calidad y en igual cantidad que las recibidas. Sin embargo las partes pueden convenir en que cargue con los riesgos el mutuante o prestamista, siendo esta convención válida.

ACCIONES DEL MUTUO

Como el mutuo es un contrato unilateral sólo daba origen a

obligaciones para una de las partes, el mutuario o prestatario, y sólo surgían acciones para la otra parte, el mutuante o prestamista, para que este último pudiera obligar al primero a devolver las cosas objeto del mutuo; siendo la acción de la cual podía hacer uso el mutuante "la conditio", que no era una acción especial fundada en la naturaleza del mutuo sino una acción general aplicable a todos los contratos de derecho estricto.

En el mutuo cuando la cosa objeto del contrato era una suma de dinero la acción que tenía el mutuante contra el mutuario se denominaba: "conditio certae creditae pecuniae"; y cuando el objeto hubiera consistido en otras cosas, como cereales, la "conditio triticaria".

SENADO-CONSULTO MACEDONIANO

Fue un Senado-Consulto promulgado en época del emperador Vespasiano en virtud del cual se prohibieron los préstamos de dinero a los filiusfamiliares sin la autorización del paterfamlias.

Existen tres versiones sobre el origen histórico de este Senado-Consulto: la primera asienta que fue provocado por el homicidio cometido por un hijo de familia llamado Macedo en la persona de su padre con el propósito de heredarlo y poder así pagar las deudas que tenía contraídas; la segunda asevera que el Senado-Consulto tomó su nombre de Macedo, quien era un usurero que se dedicaba a conceder préstamos en condiciones onerosas a los filiusfamilias; y la tercera afirma que Macedo fue el cónsul romano del cual tomó el nombre la disposición legal. Pero, sea cual fuere el verdadero origen de éste su efecto consistía en que las personas que concedían préstamos a los hijos de familia, sin el consentimiento de su padre, se vieron privadas de acción para obtener la restitución de las sumas prestadas cuando el hijo hubiere llegado a ser sui iuris en virtud del fallecimiento de su padre y recibiera por tanto la herencia de éste.

Eran necesarias dos condiciones para que tuviera aplicación este Senado-Consulto: a) Que el mutuo hubiera tenido por objeto una suma de dinero; y, b) Que el mutuario estuviera sometido a la patria potestad en el momento de realizarse el contrato. Y, la defensa que concedía al mutuario era dotarlo de una excepción que podía oponer a la acción del prestamista que le había prestado el

dinero en las condiciones mencionadas, excepción esta que era perpetua y podía ser opuesta por el filiusfamilias que había llegado a ser sui iuris, por sus fiadores y aun por el paterfamilias.

Pero el Senado-Consulto Macedoniano no extinguía de manera absoluta la obligación derivada del préstamo de dinero sino que quedaba subsistiendo como obligación natural, de manera que si el hijo de familia, el padre o los fiadores pagaban dicho préstamo voluntariamente o por error, no podían exigir la repetición de lo pagado.

Había sin embargo algunos casos en los cuales no se aplicaba el Senado-Consulto Macedoniano, tales fueron:

1º) Cuando el hijo de familia tenía un peculio castrense o cuasi castrense, pues en tal caso quedaba obligado en la medida de su peculio.

2º) Cuando el paterfamilias había autorizado el préstamo o se había beneficiado con él, en cuyo caso podía ser perseguido por la acción institoria o por la acción in rem verso.

3º) Cuando el filiusfamilias se hubiera hecho pasar dolosamente por sui iuris, y que públicamente se hubiere considerado como sui iuris.

4º) Cuando el hijo de familia hubiere empleado la suma recibida en préstamo en liberarse de deudas contra las cuales no podía oponer excepción alguna.

5º) Cuando el prestamista fuera menor de veinticinco años.

TEMA XXXV

COMODATO — DEFINICION — CONDICIONES — CARACTERES — EFECTOS — RIESGOS — ACCIONES.

El comodato o préstamo de uso era un contrato real, por medio del cual una persona llamada comodante, entregaba gratuitamente a otra, llamada comodatario, una cosa mueble o inmueble para que se sirviera de ella y se la devolviera en la época convenida.

Este contrato como señalamos anteriormente no fue reconocido como tal sino hacia fines de la República, en que el pretor concedió al comodante una acción in factum contra el comodatario que se negaba a devolver la cosa recibida, acción que bajo el Imperio se convierte en una actio in ius, al sancionar el comodato como contrato real; siendo la denominación originaria de este contrato el de "utendum dare", nombre con el cual aparecía en los edictos de los pretores republicanos, y es en el edicto perpetuo de Salvio Juliano donde se lo designa con el nuevo nombre de "commodatum" (de commodo datum).

CONDICIONES NECESARIAS PARA QUE HAYA COMODATO

Para que hubiera comodato debían concurrir las condiciones siguientes:

a) La entrega de la cosa prestada por parte del comodante al comodatario;

b) Que la cosa prestada no fuera consumible; y,

c) Que la concesión del uso de la cosa fuera gratuita.

La entrega de la cosa prestada por parte del comodante al comodatario, sólo constituía en realidad una nuda traditio, puesto que esa entrega no tenía por objeto transferir al comodatario la propiedad ni la posesión de la cosa prestada, sino la simple tenen-

cia o detentación material de la misma. Era pues el comodante quien continuaba teniendo la posesión de la cosa por medio del comodatario, cosa que hacía "animo proprio".

La circunstancia de que la cosa prestada no fuera consumible, excluye la posibilidad de que las cosas que normalmente se utilizan consumiéndolas pudieran ser objeto de comodato, a no ser que fueran prestadas para destinarlas a un uso que no las consumiera, como sería para ser usadas sólo "ad pompam vel ostentationem", por ejemplo si alguien pedía prestado una suma de dinero para exhibirla o para simular un pago.

Y, finalmente, la concesión del uso de la cosa por parte del comodante al comodatario debía ser hecha en forma gratuita, porque si el comodatario pagara alguna suma de dinero al comodante por el uso de la cosa, no sería un comodato sino un contrato de arrendamiento de cosas, o un contrato innominado si el pago era hecho mediante la entrega de otra cosa diferente al dinero.

CARACTERES DEL COMODATO

El comodato ofrecía los siguientes caracteres:

a) Era un contrato real, ya que sólo se perfeccionaba por la entrega de la cosa del comodante al comodatario.

b) Era un contrato no formal, ya que no se requería ninguna solemnidad.

c) Era sinalagmático imperfecto, pues al concluirse el contrato sólo surgían obligaciones para una de las partes contratantes, el comodatario, pero posteriormente podían surgir también obligaciones para la otra parte, para el comodante.

d) De derecho de gentes, pues podía ser utilizado por los ciudadanos romanos en sus relaciones con los peregrinos y por los peregrinos en sus relaciones mutuas.

e) Era un contrato de buena fe, por cuyo motivo estaba sancionado por acciones de buena fe.

f) Gratuito, puesto que consistía en un servicio que el comodante prestaba al comodatario.

g) Constituía un préstamo de uso, porque mediante él se en-

tregaban cosas ciertas, inconsumibles, en razón de que la finalidad era usar las cosas dadas en comodato.

EFECTOS DEL COMODATO

Como contrato sinalagmático imperfecto que era, sólo surgían en el momento de formarse el contrato obligaciones para una sola de las partes, para el comodatario, aunque posteriormente pudieran surgir también obligaciones para el comodante.

Obligaciones del comodatario

a) El comodatario debía devolver la cosa prestada en el lugar y tiempo convenidos, con todos los frutos y productos que hubiera producido la cosa. Esta restitución debía ser de la misma cosa que había recibido en préstamo y no otra equivalente, como ocurría en el mutuo, puesto que la cosa entregada en comodato era una cosa que se apreciaba en su individualidad, era un cuerpo cierto.

b) El comodatario debía también pagar el importe de los deterioros que hubiere causado a la cosa.

c) Debía darle a la cosa el destino para el cual se le había entregado y si no se había establecido nada al respecto en el contrato, debía darle el destino corriente conforme a la naturaleza de la cosa; si de mala fe daba a la cosa un destino diferente, cometía un "furtum usus".

d) Debía conducirse en el cuidado de la cosa prestada, como lo haría el más diligente paterfamilias, no sólo por el hecho de que era él la parte que tenía interés en el contrato, sino que pesaba sobre él la obligación de custodia (custodiam praestare) que lo hacía responsable hasta del hurto cometido por un tercero.

Obligaciones eventuales del comodante

Sólo podían surgir obligaciones a cargo del comodante en los casos siguientes:

a) Cuando la cosa dada en comodato tuviera vicios o defectos ocultos y por razón de los mismos se hubieren ocasionado daños al comodatario, pero sólo en el caso de que tales vicios o defectos los conociera el comodante, o sea que hubiera actuado de mala fe o con culpa grave.

b) Cuando el comodatario hubiera realizado gastos necesarios y extraordinarios con el objeto de conservar en buen estado la cosa dada en comodato, gastos estos que debían ser reembolsados por el comodante al comodatario; pero, no ocurría lo mismo con los gastos que el comodatario hubiera realizado para poder usar la cosa, pues estos corrían a su cargo como compensación del uso que él hacía de la cosa.

RIESGOS EN EL COMODATO

El comodatario no es responsable de la pérdida o deterioro que sufra la cosa dada en comodato cuando ello era consecuencia de caso fortuito o de fuerza mayor, puesto que eran hechos que se consideraban inevitables aun cuando el comodatario empleara el mayor celo y diligencia en la conservación de la cosa; además de que siendo él deudor de un cuerpo cierto si éste perecía por alguna de estas dos causas, quedaba liberado de toda obligación por falta de objeto.

Sin embargo, si la cosa ha perecido por accidente que con más cuidado o vigilancia por parte del comodatario se hubiera evitado o por caso fortuito o fuerza mayor resultante de imprudencia o de falta del comodatario, éste será responsable y deberá pagar el valor del objeto.

En síntesis, el comodatario es responsable toda vez que una persona más diligente hubiera impedido la pérdida del objeto, pues él debía emplear en la guarda de la cosa prestada mayor cuidado que el que emplea en la conservación de sus propias cosas; y esta responsabilidad es tan grande puesto que el comodato se hace generalmente en su beneficio y de manera gratuita. Esta regla sin embargo puede ser modificada por las partes y establecer que el comodatario responda sólo de su dolo y no de su falta, sobre todo cuando el comodato se hizo en beneficio del comodante o en el de ambos.

El comodatario era por tanto responsable de la pérdida por caso fortuito o fuerza mayor, en los siguientes casos:

a) Cuando en el contrato mismo así se había establecido.

b) Cuando había sido estimado el valor que tenía la cosa, en cuyo caso debía su estimación.

c) Cuando el caso fortuito ocurría por un hecho que le fuera imputable, como sucedería si habiendo salido de viaje llevara consigo la cosa prestada y ésta le fuera robada.

d) Cuando hubiere puesto la cosa en manos de un tercero para que la entregara al comodante y ésta perecía en poder de esta persona, salvo el caso en que este tercero hubiera sido designado por el comodante o hubiere sido una persona de honestidad y capacidad reconocidas, en cuyo caso no corre con los riesgos el comodatario.

ACCIONES DEL COMODATO

Las obligaciones del comodatario estaban sancionadas por una acción en favor del comodante que era la "actio commodati directa", que podía ser intentada por éste al vencimiento del término fijado en el contrato, a menos que en éste no se hubiera establecido plazo, en cuyo caso podía intentarse en cualquier momento.

Para obligar al comodante a que cumpliera con las obligaciones que podían surgir en su contra podía el comodatario hacer uso del "derecho de retención", o sea negarse a restituir la cosa prestada hasta que el comodante le reembolsara los gastos por él realizados; por tanto, si el comodante ejercía contra él la acción commodati directa, el comodatario podía oponerle en "compensación" los gastos por él realizados.

Pero, si la cosa había perecido por caso fortuito o fuerza mayor, si los gastos hechos por el comodatario eran superiores al valor de la cosa o si el comodatario no había opuesto la compensación a la acción que contra él había intentado el comodante, no podía quedar desamparado sin poder exigir del comodante el pago de las sumas que se le debían, y por eso fue precisamente que el pretor creó en su favor la "actio comodati contraria".

TEMA XXXVI

EL DEPOSITO — DEFINICION — CONDICIONES — CARACTERES — EFECTOS — RESPONSABILIDAD DEL DEPOSITARIO — ACCIONES — DIFERENCIAS CON EL COMODATO — EL DEPOSITO IRREGULAR — EL DEPOSITO NECESARIO — EL SECUESTRO.

El depósito era un contrato real, por el cual una persona llamada depositante entregaba a otra llamada depositario, una cosa mueble que éste se obligaba a conservarla gratuitamente y a devolvérsela al primer requerimiento de su parte.

CONDICIONES NECESARIAS PARA QUE HAYA DEPOSITO

Para que hubiera depósito debían concurrir las siguientes condiciones:

a) La entrega de la cosa por parte del depositante al depositario.

b) Que la cosa fuera mueble y determinada.

c) Que la cosa sea entregada con la finalidad de que sea custodiada gratuitamente.

d) Que se haya convenido en que el depositario restituirá la cosa al primer requerimiento del depositante.

El fin perseguido por el depositante al hacer entrega de la cosa al depositario era desembarazarse de la guarda de la misma y el del depositario hacerle un servicio al depositante, sin que la tradición que realizaba el depositante implicara la transferencia de la propiedad ni de la posesión de la cosa al depositario, sino la simple tenencia o detentación material de la misma; y por tanto para la validez del contrato no era necesario que el depositante fuera propietario ni poseedor legítimo de la cosa depositada.

La cosa dada en depósito tenía que ser una cosa mueble e individualmente determinada, individualizada, lo que excluye la posibilidad de que pudieran ser objeto de depósito las cosas apreciadas in genere o sean las cosas fungibles; sin embargo si esta clase de cosas se entregaban en forma tal que fuera posible su identificación posterior, por ejemplo cuando se entregaba dinero en una caja cerrada o en una bolsa sellada, podían ser objeto de depósito.

El depositario al recibir la cosa queda obligado a custodiarla gratuitamente y no puede en consecuencia ni hacer uso de la misma, a menos que hubiera sido autorizado para ello por el depositante, ni exigir ningún pago o retribución por el servicio que presta; pues si las partes habían convenido en tal remuneración no habría depósito sino un arrendamiento de servicios si la remuneración consistía en dinero o un contrato innominado si la retribución consistía en otra cosa.

Como el depositario queda obligado a devolver la cosa al depositante al primer requerimiento de éste, si se hubiere fijado plazo para tal devolución se entiende que el mismo se ha establecido en beneficio del depositante y por tanto no estará obligado a esperar el vencimiento de éste para reclamar la devolución de la cosa; ya que como el depositario no puede, salvo acuerdo en contrario, servirse de la cosa depositada, al reclamarle el depositante la devolución de la cosa antes del vencimiento del plazo no lo priva de ninguna ventaja.

CARACTERES DEL DEPOSITO

El depósito era un contrato real, sinalagmático imperfecto, de derecho de gentes, de buena fe, gratuito, conmutativo, nominado y no formal.

EFECTOS DEL DEPOSITO

Siendo un contrato sinalagmático imperfecto, el depósito solamente engendraba obligaciones para el depositario, pero eventualmente podía hallarse obligado el depositante a indemnizar al depositario.

Obligaciones del depositario

a) El depositario debía cuidar el objeto que le había sido en-

tregado en depósito, sin poder hacer uso del mismo, a menos que hubiera sido autorizado por el depositante; pues, si incumpliendo esta prohibición hace uso de la cosa depositada comete un furtum usus.

b) Está obligado a devolver la cosa depositada en iguales condiciones a como la recibió y en el lugar convenido, con los frutos y productos que se hubieran obtenido durante el depósito.

c) Debe restituir la cosa depositada al primer requerimiento del depositante, aun cuando se hubiere fijado plazo para tal devolución, pues se considera establecido el plazo en favor del depositante y por tanto puede renunciar al mismo y reclamar la devolución de la cosa; pero si el depositante no exige la restitución de la cosa al depositario no podrá obligar al depositante a que la reciba antes del vencimiento del plazo, sino que tiene que esperar que éste venza para proceder a la restitución de la misma.

Obligaciones eventuales del depositante

a) Resarcir al depositario los daños que le haya ocasionado la cosa depositada, aun cuando ellos se deban a culpa leve de su parte, porque es él el único beneficiado con el contrato.

b) Reembolsar al depositario todos los gastos ordinarios y extraordinarios que haya efectuado para la conservación y uso de la cosa.

RESPONSABILIDAD DEL DEPOSITARIO

Si la cosa depositada llegare a perderse o deteriorarse por caso fortuito o fuerza mayor, el depositario no es responsable por ser deudor de un cuerpo cierto, aplicándose en tal caso el principio de que las cosas perecen para su dueño (res perit domino).

Tampoco es responsable el depositario si la pérdida o deterioro de la cosa depositada se debe sólo a su negligencia o culpa leve de su parte en virtud de que él no obtiene ningún beneficio del contrato, ya que éste es esencialmente gratuito, y se verificaba en interés del depositante; razón por la cual su responsabilidad era mínima.

Sólo es responsable el depositario si la pérdida o destrucción de la cosa o su deterioro se debe a su dolo o culpa grave, considerándose nulo el pacto en el cual se establezca la exoneración de responsabilidad del depositario por dolo.

El depositario respondía excepcionalmente por su culpa leve sólo en los siguientes casos:

a) Cuando él se había ofrecido para guardar la cosa.

b) Cuando en el contrato tomaba a su cargo esa responsabili dad.

c) Cuando el depósito se hacía también en su interés.

ACCIONES DEL DEPOSITO

Para obligar al depositario a cumplir con sus obligaciones tenía el depositante la "actio depositi directa" que tachaba de infame al depositario. Esta acción podía ser intentada por el depositante o sus herederos en contra del depositario o de los herederos de éste. En el derecho antiguo la condena era al pago del doble del valor de la cosa entregada en depósito.

Para lograr que el depositante cumpliera con sus obligaciones no disponía el depositario, antes de la legislación justinianea, sino de una excepción de dolo que oponer a la acción que contra él intentara el depositante. En el derecho de Justiniano, se lo dotó de la "actio depositi contraria", que no era infamante y cuya condena equivalía al pago de los gastos por él realizados; pero no gozaba del derecho de retención ni de la facultad de oponer compensación contra el crédito del depositante.

DIFERENCIAS ENTRE EL COMODATO Y EL DEPOSITO

Como diferencias fundamentales entre el contrato de comodato y el depósito se pueden señalar las siguientes:

1º) Que pueden ser objeto de comodato tanto las cosas muebles como las inmuebles; en tanto que sólo pueden ser objeto de depósito las cosas muebles.

2º) Que el comodato se establece en interés del comodatario

en tanto que el depósito se instituye en interés del depositante; de lo cual resultan las siguientes consecuencias:

a) Que el depositario no puede servirse de la cosa depositada, a menos que hubiera sido autorizado para ello por el depositante, pues de hacerlo sin que mediara esa autorización se considera que ha cometido un furtum usus.

b) Que el término establecido en el depósito impide al depositario devolver la cosa al depositante antes de la expiración de ese plazo; pero no impide al depositante renunciar a dicho término o plazo y reclamar su restitución cuando a bien tenga.

c) Que el depositario no es responsable sino de su dolo o culpa grave, en tanto que el comodatario responde tanto de su dolo como de su culpa, aun de la culpa leve.

d) Que el depositario tiene derecho a que se le paguen los gastos hechos que conciernen al goce y conservación de la cosa, en tanto que el comodatario sólo puede exigir los relativos a la conservación de la cosa, pero no los que haya hecho para poder usarla.

OTRAS VARIEDADES DE DEPOSITO

Además del depósito denominado regular, del que nos hemos venido ocupando, existieron en el derecho romano otras formas de depósito que se le asemejan pero que tienen sin embargo con el depósito regular grandes diferencias, tales son: el depósito irregular, el depósito necesario o miserable y el secuestro.

EL DEPOSITO IRREGULAR

Tiene lugar el depósito irregular cuando las partes convienen en que el depositario podrá consumir las cosas depositadas, disponer de ellas en calidad de propietario empleándolas en el uso que quiera, con la condición de tener siempre a disposición del depositante una cantidad de cosas iguales a las recibidas.

En tal categoría incluyen los intérpretes el depósito bancario, ya que el depositante entrega sumas de dinero a entidades o personas que tienen amplia disponibilidad de capitales, y en las cuales el depositante no se propone concurrir con su dinero a la

realización de especulaciones ajenas, sino que sólo ve la ventaja que le reporta la seguridad de la custodia de su dinero.

Esta variedad de depósito ofrecía una gran analogía con el mutuo porque tanto en uno como en otro la persona que recibía la cantidad objeto del contrato, podía disponer de ella y no quedaba obligada a devolver las mismas cosas sino otras equivalentes; pero el depósito irregular difiere del mutuo:

a) Por la intención de las partes: Porque en el depósito irregular la intención de las partes es que el dinero esté a disposición del depositante; en tanto que en el mutuo la intención de las partes es procurar al mutuario o prestatario el goce o disfrute de la cantidad prestada.

b) Por la naturaleza misma de ambos contratos: Pues el depósito es un contrato de buena fe en tanto que el mutuo es un contrato de derecho estricto; y de esto derivan como consecuencia: que en el depósito el juez tenía amplios poderes para apreciar las obligaciones resultantes del contrato, lo que no ocurría en el mutuo; y que en el depósito los pactos agregados en el momento mismo en que se forma el contrato se incorporan a él y son válidos, por lo cual era válida la convención de pagar intereses en el depósito irregular, lo cual no ocurría en el mutuo.

EL DEPOSITO NECESARIO O MISERABLE

Es aquel que se veía en la necesidad de realizar una persona a consecuencia de una catástrofe que implicara un peligro inminente para las cosas, como un naufragio, un incendio, saqueo, etc., y tiene que ocurrir a entregar las cosas en depósito a la primera persona que encuentre.

En este caso el depositario tenía una responsabilidad mayor que en el depósito regular porque el depositante no había podido elegir libremente, en razón de la urgencia, a la persona del depositario; por tanto este depositario respondía hasta por su culpa leve y en caso de negarse a devolver lo depositado, podía el depositante por la acción depositi directa hacer que el juez lo condenara a pagar el doble del valor de las cosas depositadas.

EL SECUESTRO

Era el depósito hecho conjuntamente por varias personas que convenían con el depositario que la cosa le sería entregada a aquella respecto de la cual se cumplieran determinadas circunstancias. Tenía lugar generalmente en caso de controversia judicial relativa a la propiedad de una cosa, a fin de que ésta le fuera entregada al que triunfara en el litigio, aunque podía darse también en otros casos.

Según el jurista Pomponio la devolución de la cosa podía exigirse mediante la "actio depositi sequestraria".

Al secuestro se le aplicaban en general las reglas del depósito regular, pero se distinguía de éste por las circunstancias siguientes:

a) Porque podía tener por objeto tanto cosas muebles como inmuebles y aun personas.

b) Porque el depositario tenía la posesión de la cosa depositada, aunque el beneficio de ésta fuera en última instancia adquirido por la persona a quien deba restituirse la cosa.

c) Porque mientras en el depósito regular el depositario debía restituir la cosa al primer requerimiento del depositante, el que la tenía en secuestro sólo podía hacerlo al cumplirse la condición a la cual se subordinó la restitución.

TEMA XXXVII

LA PRENDA — DEFINICION — ORIGEN HISTORICO — CONDICIONES — CARACTERES — EFECTOS — RESPONSABILIDAD DEL ACREEDOR PRENDARIO — ACCIONES — PACTO DE ANTICRESIS — PACTO COMISORIO.

La prenda o pignus era un contrato real por el cual un deudor, o una tercera persona en su nombre, entregaba a su acreedor una cosa para que la conservara como garantía de su deuda y se la devolviera al serle pagada la misma.

La persona que recibía la cosa en prenda, que era el acreedor de la obligación, venía a ser en realidad el deudor de la prenda, pero se le denomina acreedor prendario; y el que cedía la cosa en prenda, que podía ser el deudor de la obligación o una tercera persona en su nombre, se le denomina deudor prendario.

ORIGEN HISTORICO

En los primeros tiempos no se admitían en Roma otras garantías que las personales, pero desde fines de la República comienza a generalizarse el uso de las garantías reales, al admitirse que el deudor respondiera de sus deudas con sus propios bienes, pero con la particularidad de que sólo podía venderse íntegramente el patrimonio del deudor, para lo cual se utilizaba el procedimiento de la "bonorum venditio".

Pero esto ofrecía dos inconvenientes: el primero, que no era fácil encontrar una persona que comprara el patrimonio en su totalidad; y, el segundo, que los acreedores debían repartirse el producto de la venta de ese patrimonio proporcionalmente a sus respectivas acreencias, sin que existieran acreencias preferidas.

En virtud de estos inconvenientes se admitió luego que se permitiera separar del patrimonio del deudor un bien determinado para afectarlo al pago de una deuda con preferencia a las demás, llegán-

dose después de una lenta evolución a la enajenación fiduciaria, a la prenda o pignus y finalmente a la hipoteca, de las cuales ya nos hemos ocupado en el Volumen I, Tema XXXI, páginas 370 a 372 de estas Lecciones.

CONDICIONES NECESARIAS PARA QUE HAYA PRENDA

Para que hubiera prenda debían concurrir las siguientes condiciones:

a) La tradición o entrega de una cosa;

b) Que la cosa fuera mueble o inmueble; y,

c) La existencia de un contrato principal.

La entrega o tradición de la cosa que debía hacer al acreedor el deudor o un tercero en su nombre, trasmitía al acreedor la posesión de la cosa, teniendo por tanto un efecto más amplio que en el comodato o en el depósito, en los cuales sólo se trasmitía la detentación o simple tenencia de la cosa y más limitado que en el mutuo donde además de la posesión se trasmitía también la propiedad. La propiedad continuaba perteneciendo al deudor o al tercero que la había dado en prenda.

En lo que respecta a las cosas que podían ser dadas en prenda, lo eran tanto las cosas muebles como las inmuebles, aunque en la práctica parece que tenía por objeto las cosas muebles y que las inmuebles pertenecían principalmente a la hipoteca.

Aunque las cosas incorporales o derechos no son susceptibles de tradición propiamente dicha, como el fin de la prenda es constituir una garantía resultante de la posibilidad de vender en un momento dado la cosa dada en prenda, se admitía que pudieran darse en prenda cosas incorporales susceptibles de ser enajenadas, como créditos, servidumbres reales y personales, derechos de enfiteusis, derechos de superficie, derechos de prenda, etc.

La existencia de un contrato principal es indispensable por ser la finalidad perseguida con la prenda, garantizar el cumplimiento de una obligación surgida de un contrato principal. Podía garantizarse mediante la prenda el cumplimiento de una obligación civil o natural, de una obligación futura y aun de una obligación

condicional; y daba origen el contrato de prenda al derecho real de prenda cuando quien ha hecho tradición de la cosa es el propietario de la misma. No nace sin embargo este derecho real si el que constituyó la prenda no es el propietario de la cosa, pero la prenda es válida a menos que la cosa fuera propiedad del acreedor prendario, en cuyo caso sería nula.

CARACTERES DE LA PRENDA

La prenda era un contrato real, sinalagmático imperfecto, de derecho de gentes, de buena fe, gratuito, conmutativo, nominado, no formal y accesorio, pues su existencia estaba subordinada a la existencia de una obligación principal que garantizaba, por lo cual si la obligación principal fuera nula también lo sería la prenda constituida para garantizarla.

EFECTOS DE LA PRENDA

Como contrato sinalagmático imperfecto la prenda sólo daba lugar, en el momento de constituirse, a obligaciones a cargo del acreedor prendario, aunque eventualmente podían surgir obligaciones para la otra parte.

Obligaciones del acreedor prendario

a) Debía conservar la cosa dada en prenda y cuidarla como lo haría un buen paterfamilias, pues era responsable aun de su culpa leve. Su responsabilidad era igual a la del comodatario.

b) No podía servirse o hacer uso de la cosa dada en prenda, pues de hacerlo se consideraba, como en el caso del depositario, que había cometido un furtum usus.

c) Estaba obligado a devolver al deudor prendario la cosa dada en prenda con todos los frutos que esta hubiere producido, una vez que la deuda cuyo pago garantizaba hubiera sido satisfecha. Sin embargo el acreedor prendario podía negarse a restituir la prenda, si era también acreedor del mismo deudor por otra deuda igualmente exigible no garantizada por la prenda. Este derecho fue establecido por una constitución del emperador Gordiano III, por lo cual se le dio el nombre de "pacto gordiano".

d) Si el deudor prendario no cumplía con la obligación garan-

tizada con la prenda, el acreedor prendario podía luego de tres notificaciones al deudor, vender la prenda para pagarse su acreencia. Si el precio obtenido de esta venta fuere superior al monto de la deuda estaba obligado a entregar al deudor prendario el remanente, al cual se le denominaba "hyperocha".

Obligaciones eventuales del deudor prendario

a) Estaba obligado a reembolsar al acreedor prendario todos los gastos ordinarios y extraordinarios que éste hubiera realizado para la custodia y conservación de la prenda.

b) Igualmente debía indemnizar al acreedor prendario, por los daños que por vicios de la cosa dada en prenda se le hubieren causado; y a resarcirle los perjuicios que le ocasionare el ser desposeído de la prenda por la acción reivindicatoria que contra él intentare el verdadero propietario de ésta.

c) Finalmente, estaba obligado a completar la prenda o a constituir otra, si la primera fuere de un valor inferior al declarado, si hubiere disminuido de valor, si se hubiere destruido o si hubiere sido desposeído de ella por el verdadero propietario.

RESPONSABILIDAD DEL ACREEDOR PRENDARIO

El acreedor prendario no era responsable si la cosa dada en prenda se destruía o se deterioraba por caso fortuito o fuerza mayor, a menos que hubiera hecho uso o se hubiera servido de ésta, en cuyo caso además de cometer un furtum usus, respondía del caso fortuito.

Era responsable el acreedor prendario de la pérdida o deterioro que sufriera la prenda que fuera consecuencia de su dolo o de su culpa, aun de la culpa leve, ya que debía al igual que el comodatario, conducirse en el cuidado de la cosa dada en prenda como lo haría un diligente paterfamilias.

ACCIONES DE LA PRENDA

Para que el deudor prendario pudiera obtener del acreedor prendario el cumplimiento de sus obligaciones, creó el derecho pretoriano la "actio pignoraticia directa".

Por su parte el acreedor prendario estaba provisto para poder

asegurarse el cumplimiento de las eventuales obligaciones del deudor prendario, de los recursos siguientes: a) de la "actio doli", cuando se le había dado en prenda una cosa ajena o de valor inferior al que se señaló; b) del "derecho de retención" de la cosa dada en prenda y de la posibilidad de "oponer compensación" a la acción directa del acreedor prendario, para obtener el reembolso de los gastos y el resarcimiento de los daños y perjuicios; y, c) la "actio pignoraticia contraria" que podía ejercer por si mismo.

El derecho justinianeo consagró como acciones propias de la prenda: la actio pignoraticia directa y la actio pignoraticia contraria.

PACTO DE ANTICRESIS

En virtud de este pacto que podía ser añadido al contrato de prenda, el deudor prendario renunciaba a favor del acreedor prendario a los frutos que produjera la cosa dada en prenda, los cuales eran imputados como intereses del crédito, cualquiera que fuera su monto.

En el caso de que no existiera dicho pacto, si el acreedor prendario se apropiaba de los frutos, el valor de estos se imputaba a los intereses debidos, y si dicho valor excedía al montante de estos el remanente se aplicaba a amortizar el capital adeudado.

PACTO COMISORIO

Era el pacto en virtud del cual las partes convenían en que si el deudor no pagaba la deuda en la fecha de su vencimiento el acreedor prendario se hacía dueño absoluto de la cosa dada en prenda, sin tener que devolver al deudor la diferencia entre el precio de la cosa y el valor o montante del crédito.

Este pacto comisorio o de comiso, al que se le daba también el nombre de "lex commisoria", se empleó muy frecuentemente para encubrir negocios usurarios, por lo cual fue prohibido por Constantino, aunque se permitió pactar que si transcurrido cierto tiempo el acreedor pignoraticio no veía satisfecho su crédito, podía adueñarse de la cosa como comprador, previa estimación de su justo valor.

TEMA XXXVIII

CONTRATOS VERBIS — LA ESTIPULACION — NATURALEZA — FORMA — IMPORTANCIA — CONDICIONES — CARACTERES — ACCIONES — CLASES DE ESTIPULACIONES: PRETORIANAS, JUDICIALES Y COMUNES — LA DICTIO DOTIS — LA IURATA PROMISSIO LIBERTI.

Los contratos verbis (verbales) eran aquellos que se perfeccionaban mediante el pronunciamiento de palabras solemnes establecidas por el ordenamiento jurídico, y por lo tanto son parte de los contratos formales.

Se conocieron en el derecho romano tres tipos de contratos verbales: la estipulación (stipulatio), la promesa de dote (dictio dotis) y el juramento de los libertos (iurata promissio liberti); pero de los tres, fue la estipulación el más importante y el que tuvo más amplio campo de aplicación, ya que sirvió para hacer obligatorio cualquier convenio o pacto que de lo contrario no habría dado origen a obligaciones civiles.

Los caracteres comunes a los contratos verbales son los siguientes:

1º) Eran formales o solemnes, ya que sólo se perfeccionaban por la estricta observancia de las formalidades establecidas en la ley. Su no cumplimiento los hacía nulos.

2º) De derecho estricto, porque el juez tenía que atenerse al interpretarlos sólo a lo establecido en el contrato, no pudiendo hacer uso por tanto de las reglas de la equidad.

3º) Unilaterales, porque sólo daba lugar a obligaciones para una de las partes contratantes, para el deudor.

4º) Del derecho civil, porque sólo podían ser utilizados por los ciudadanos romanos, aun cuando al final de su evolución terminaron por ser utilizados por los peregrinos.

LA ESTIPULACION.—FORMA Y NATURALEZA

La estipulación (stipulatio) consistía en una pregunta formulada por el acreedor o estipulante (stipulator) seguida de una respuesta afirmativa hecha por el deudor o promitente (promissor). Así, el estipulante decía por ejemplo: "¿spondesne dare centum? (¿prometes darme ciento?) y el deudor respondía "spondeo" (lo prometo). De inmediato quedaba obligado.

Esta institución que más que un contrato constituía una forma de contratar, ya que era el procedimiento al cual se recurría para darle fuerza obligatoria a cualquier convención destinada a crear una obligación que podía tener por objeto la entrega de una suma de dinero, de una cosa cierta o la realización de una determinada actividad, tiene un origen completamente oscuro para cuyo descubrimiento no han servido ni su nombre ni las formalidades empleadas para realizarlo, no pasando de simples hipótesis las conclusiones a que han llegado los romanistas modernos luego de los esfuerzos realizados para encontrarlo.

Probablemente esa oscuridad se deba al hecho de que habiendo llegado a ser la estipulación un negocio de uso tan frecuente, sus rasgos primitivos hayan ido desapareciendo como consecuencia de las sucesivas reformas de que pudo haber sido objeto hasta llegar a tener las características que de él se aprecian en su forma antigua, conforme a las prescripciones del derecho civil, y las que ofrece posteriormente al adaptarse a las necesidades que le impone el progreso de las instituciones jurídicas.

IMPORTANCIA DE LA ESTIPULACION

Primitivamente no sirvió la estipulación sino para hacer obligatorias las promesas sobre sumas de dinero, pero pronto se utilizó para aquellas que tenían por objeto cosas ciertas que no fueran dinero. Cuando se estipulaba algo incierto como un hecho o una abstención, se recurría para hacer obligatorio el acuerdo a una cláusula penal (stipulatio poenae) para el caso en que el deudor dejara de cumplir lo prometido. Así el estipulante decía por ejemplo: ¿Prometes pintarme un cuadro y si no lo hicieres, prometes pagarme cincuenta escudos de oro?, y el deudor contestaba: lo prometo.

Sin embargo, desde la época clásica se permitió también es-

tipular directamente sobre cosas inciertas, con lo cual el campo de aplicación de la estipulación se hizo más amplio, de tal manera que cuando dos personas querían hacer obligatorio un pacto lo revestían con las formalidades de la estipulación.

Además, servía para hacer obligatoria la promesa de pagar intereses en el contrato mutuo, para realizar la novación de una obligación, o sea, la sustitución de una obligación anterior de cualquier naturaleza por una estipulación, para constituir una fianza o para hacer nacer un crédito en favor de varias personas, para establecer una obligación correal o solidaria, etc.

Es claro que la estipulación presentaba también algunos inconvenientes, como eran principalmente, el de no poder realizarse sino entre personas presentes y el de no servir para sancionar sino obligaciones unilaterales, y por eso cuando se trataba de realizar una convención sinalagmática era necesario realizar dos estipulaciones distintas, lo cual ofrecía el peligro de que siendo dos contratos independientes, podía una de las partes verse en la necesidad de cumplir su obligación a pesar de la insolvencia de la otra parte, que la imposibilitaba de cumplir con la suya.

CONDICIONES NECESARIAS PARA QUE HAYA ESTIPULACION

Las condiciones necesarias para que pudiera perfeccionarse este contrato pueden reducirse a tres:

a) Que haya una pregunta y una respuesta formuladas oralmente;

b) La existencia de unidad en el acto; y,

c) Correspondencia entre la pregunta y la respuesta.

La necesidad de que haya una pregunta formulada por el estipulante seguida de una respuesta afirmativa dada por el promitente significaba que estas debían hallarse presentes, la una frente a la otra, en el momento de realizar el acto, para poder pronunciar y oír a su vez las palabras requeridas que debían emplearse para que se perfeccionara el contrato. Esto descarta la posibilidad de que la estipulación pudiera realizarse entre personas ausentes y de que estas pudieran hacerse representar por mandatarios; e igualmente, la de que pudiera realizarse válidamente una estipulación

entre personas mudas o sordas, ya que no podrían pronunciar u oír las referidas palabras, necesarias para que se forme el contrato.

Respecto a las palabras que debían ser utilizadas por las partes hay que señalar que mientras la estipulación fue un contrato exclusivo de los ciudadanos romanos el verbo que debía utilizarse era "spondere", pero que posteriormente cuando se hizo accesible también a los peregrinos se utilizaron otros verbos como "promittere", porque el verbo spondere permaneció reservado exclusivamente para los ciudadanos. Se admitió también que pudiera emplearse no sólo el latín, como primitivamente, sino también el griego o cualquiera otra lengua, siempre que fuera conocida por todos los presentes en el acto.

La existencia de unidad en el acto se traducía en la necesidad de continuidad entre la pregunta y la respuesta, lo que no significaba que esta debiera necesariamente seguir a aquella en forma inmediata, sino que en el intervalo que pudiera mediar entre una y otra, no debían ocuparse las partes de otro negocio diferente a esa estipulación; pues, de lo contrario, se quebrantaba la unidad del acto y no se perfeccionaba la estipulación.

La correspondencia que debía existir entre la respuesta y la pregunta implicaba al principio que debía haber concordancia literal debiendo las dos partes emplear el mismo verbo; pero, en la época clásica bastaba con que fueran congruentes, que coincidiesen, pudiendo servirse el prominente de otro verbo diferente al utilizado para formulársele la pregunta por parte del estipulante, o aun contestar con una expresión afirmativa, tal como "quidni" (por qué no), siempre que sea oralmente. En el Bajo Imperio una constitución del emperador León decidió, que ya no era necesario emplear fórmulas consagradas por el uso y que la estipulación era válida cualesquiera que fueran sus términos, con tal de que indicaran bien el acuerdo de las partes.

Si bien la concordancia literal dejó de ser necesaria es preciso siempre que haya conformidad entre la pregunta y la respuesta en cuanto al fondo, o sea que el promitente se comprometa en la misma medida fijada por la interrogación sin aportar ningún cambio; siendo el medio más seguro para obtener este resultado el no desarrollar la respuesta, sino limitarse simplemente a responder "spondeo" o "promitto", porque así abarca todo lo que está com-

prendido en la pregunta. Pero si el deudor desarrolla su respuesta, debe prometer todo lo que el acreedor le exige pues si no, no hay acuerdo, y la estipulación es nula. Así por ejemplo: a) Si a una interrogación pura y simple del estipulante, el promitente responde comprometiéndose a término o bajo condición, no existe acuerdo y por tanto no se forma el contrato. b) Si el estipulante ha dicho: ¿Prometes darme un caballo y un buey?, y el promitente ha contestado: Prometo darte el caballo. Se considera que la estipulación es válida con respecto al caballo porque existe acuerdo acerca de esta cosa, pero nula con respecto al buey; pues, se estima que hay tantas estipulaciones como objetos.

Sin embargo cuando se había estipulado una suma de dinero en cuyo monto no hubieran coincidido el estipulante y el promitente, hubo desacuerdo entre los jurisconsultos acerca de la validez del contrato. Gayo consideraba la suma estipulada como un todo indivisible y por tanto estimaba nula la estipulación; en tanto que Paulo y Ulpiano consideraban que la estipulación era válida por la suma menor ya que sobre ella había habido consentimiento. Por ejemplo: Si el estipulante decía: ¿Prometes darme cien ases? y el promitente respondía: Prometo darte cincuenta ases. Según Gayo esa estipulación era nula, en tanto que según Paulo y Ulpiano era válida por cincuenta ases. Justiniano consagró la solución de Gayo la cual parece ser la más correcta debido al carácter de contrato de derecho estricto de la estipulación.

Durante el Imperio se generalizó la costumbre una vez concluida la estipulación de redactar un escrito llamado "instrumentum" o "cautio" que los interesados podían usar luego como medio de prueba, de cuyos términos resultaba que se había cumplido con las formalidades exigidas por la ley. Este documento creaba una presunción del cumplimiento de las formalidades verbales prescritas, susceptible de ser destruida por una prueba en contrario.

Posteriormente se llegó a admitir que aunque el documento se limitara a hacer constar la promesa hecha por el deudor, se presumiera que la había precedido la interrogación, siempre que las dos partes hubieren estado presentes en el lugar del acto en el momento de su redacción; pero, el deudor podía destruir esa presunción probando su ausencia o la del estipulante del lugar indicado en el documento en el momento en que éste fue redactado; y como la aplicación de esta regla dio lugar a una cantidad inagotable de

Las fórmulas de estas estipulaciones se hallaban establecidas de antemano por el magistrado en su edicto y estaba prohibido a las partes hacerle ninguna modificación. Las más importantes fueron: la "cautio damni infecti" y la "cautio legatorum".

a) La **cautio damni infecti** tenía por objeto garantizar a una persona contra un daño que aun no se ha producido, pero que es inminente.

Cuando una casa o una pared amenaza ruina y puede resultar un perjuicio para el predio vecino, puede el propietario o el poseedor ocurrir ante el pretor para que cite al representante del inmueble que amenaza ruina a objeto de que éste por una estipulación se obligue a reparar todos los daños que pueda sufrir el fundo del reclamante si la casa o la pared llega a derrumbarse. Si el citado es el propietario o un poseedor de buena fe, basta con su promesa; pero si es un usufructuario, un superficiario o un acreedor prendario debe garantizar su promesa con fiadores.

Si el citado se niega a dar la caución en el plazo fijado el pretor por un decreto confiere al interesado la detentación del edificio a título conservatorio; y si aun así no es prestada la caución y se prolonga esta situación, el pretor por un segundo decreto acuerda al reclamante una verdadera posesión que trae como consecuencia la expulsión del propietario y que el reclamante pueda llegar a ser propietario del inmueble por usucapión.

Esta caución era empleada también en el caso de que el titular de un derecho de servidumbre sobre un fundo vecino, quiera realizar en éste un trabajo para aprovechar mejor la servidumbre. Se le podía exigir antes de comenzar el trabajo la caución por la cual se obligaba a reparar el daño que el trabajo pudiera ocasionar.

b) La **cautio legatorum** es el derecho que el pretor concede al legatario a término o bajo condición de exigir del heredero una caución que le garantice el pago del legado al vencerse el término o al cumplirse la condición impuesta por el testador en su testamento. Si el heredero se niega a suministrar la caución el pretor pondrá al legatario en posesión de los bienes hereditarios como guardián de los mismos.

2º) **Estipulaciones judiciales**

Son las ordenadas por el juez en el curso de un litigio. Las

Institutas de Justiniano sólo citan dos: la "cautio de dolo" y la "cautio de persequendo servo".

a) **La cautio de dolo.** Si en un litigio por reivindicación el demandante resulta vencedor, no debe el juez limitarse a ordenar la restitución de la cosa reivindicada y de sus accesorios, sino que debe ordenar también al demandado que suministre la caución de dolo; pues puede suceder que el poseedor demandado haya realizado actos sobre la cosa que causen posteriormente perjuicio al demandante, como haber envenenado al esclavo antes de restituirlo, haberlo acostumbrado a robar, etc.

La utilidad de esta caución se manifestaba principalmente en el siguiente caso: En la época clásica la litiscontestatio no interrumpía la usucapión. Por tanto, si le demandado ha llegado a usucapir la cosa durante el litigio podía gravarla con derechos reales y si demandante ganaba el juicio la cosa litigiosa le era restituida con esos gravámenes. La caución de dolo le permitía reclamar del demandado la indemnización correspondiente.

b) La **cautio de persequendo servo.** Esta caución puede ser ordenada por el juez cuando la reivindicación de un esclavo es ejercida contra un poseedor de buena fe. Se supone que el poseedor ha usucapido el esclavo durante el pleito y después el esclavo se ha escapado. Para precisar la hipótesis en que la caución es exigida hay que distinguir tres casos:

1) Si el demandado ha dejado huir al esclavo dolosamente, será condenado a pagar el valor que bajo juramento fije el demandante.

2) Si el esclavo se ha fugado por culpa del demandado, por haber descuidado su vigilancia, por negligencia, será condenado a pagar el valor que estime el juez.

3) Si el esclavo se ha escapado sin que hubiera mediado dolo ni culpa del demandado será absuelto si cede sus acciones al demandante o si provee la "cautio de persequendo servo qui in fuga est restituendove pretio", o sea, comprometerse a realizar las diligencias necesarias para recuperar al esclavo y restituirlo o a pagar el valor del mismo si no puede hallarlo.

3º) **Estipulaciones comunes**

Se llaman así porque pueden ser ordenadas por el magistrado o por el juez, o sea que pueden ser pretorianas o judiciales. Las Institutas de Justiniano citan: la "cautio de rato" y la "rem pupilli salvam fore".

a) La **cautio de rato.** Es un incidente de procedimiento que podía surgir con el ejercicio de las acciones.

Bajo el imperio de las acciones de la ley ninguna persona podía litigar por otra salvo en situaciones muy especiales que ponían en juego los intereses públicos. Como este sistema era muy incómodo el procedimiento formulario admitió la representación de los litigantes de una manera general, pero las consecuencias del proceso no se producían en la persona del representado sino en la del representante o "procurator" y por tanto el mandante podía intentar nuevamente su acción porque su derecho estaba intacto.

El pretor no acordó entonces "la fórmula" al "procurator" sino cuando éste se obligaba a hacer ratificar por su mandante las consecuencias del proceso. Si el mandante intentaba luego la misma acción contra el demandado, éste no podía sustraerse a las consecuencias de este segundo proceso, pero ejercía su recurso en virtud de la "cautio de rato" contra el "procurator".

b) La **cautio rem pupilli salvam fore,** que era la caución por la cual se comprometía el tutor, al entrar a ejercer su cargo, a administrar bien el patrimonio del pupilo.

Ciertos tutores no pueden empezar a ejercer la tutela sin haber suministrado esta caución y es habitualmente ordenada por los magistrados. Pero, si el tutor persigue a un deudor del pupilo antes de haber prestado la caución, el juez debe exigirla antes de condenar al demandado.

LA DICTIO DOTIS

La dictio dotis era un contrato verbal que servía para hacer obligatoria la promesa hecha al marido de constituir una dote y sólo podía usarse por la mujer sui iuris o por un ascendiente paterno de ésta. Se sabe que quien constituía la dote se obligaba sin

que hubiera habido interrogación previa, pero se ignora en qué términos debía ser hecha la promesa. Cayó en desuso cuando los emperadores Teodosio y Valentiniano decidieron que la simple promesa de dote sería obligatoria.

LA IURATA PROMISSIO LIBERTI

Es sabido que el manumitido debía comprometerse con su patrono a prestarle ciertos servicios, para los cuales en lugar de utilizar el procedimiento de la estipulación se valían de este contrato verbal, consistente en una promesa que hacía el liberto sin interrogación previa, pero cuya ejecución garantizaba bajo juramento. Para estar seguro de que el liberto contrajera esta obligación, el amo exigía de su esclavo antes de darle la libertad un primer juramento, que no constituía sino un compromiso religioso; pero este juramento renovado después de la manumisión, hacía nacer la obligación civil, sancionada por la acción "operarum", análoga a la condictio certae rei.

En tiempo de Justiniano este contrato fue poco usado, pues no se cita en las Institutas, pero no parece que haya caído completamente en desuso ya que se habla de él en el Digesto.

TEMA XXXIX

MODALIDADES DE LOS CONTRATOS: LA CONDICION, CLASES Y EFECTOS — EL TERMINO, CARACTERES Y EFECTOS — EL MODUS — LA ACCESIO.

Por regla general los efectos que deba producir un acto jurídico están establecidos en la ley de manera absoluta, sin que puedan ser modificados los derechos y obligaciones que de los mismos deriven. Pero, en el campo de las relaciones contractuales se permite a los particulares modificar, en mayor o menor grado, los efectos propios del acto que realizan mediante la inclusión de una modalidad, de un elemento que el derecho objetivo ni exige ni supone, sino que surge exclusivamente de la voluntad de las personas que realizan el contrato y que está destinado a modificar los efectos naturales del mismo.

Estas modalidades son muy numerosas, pero entre ellas hay algunas que por su importancia y por la frecuencia con que se encuentran en los contratos requieren un estudio especial. Son ellas, la condición, el término o plazo, el modus y la accesio.

LA CONDICION

La condición puede definirse como el acontecimiento futuro e incierto, del cual depende bien el nacimiento o existencia de una obligación o bien la extinción o resolución de la misma.

De esta definición resulta que la condición es:

a) Un acontecimiento "futuro", o sea un hecho por venir. Un hecho pasado o presente, aun cuando sea ignorado por las partes, no puede ser una condición.

b) Es un hecho "incierto", en el sentido de que se ignora si ha de ocurrir o no; y es esto precisamente lo que distingue la condición del término o plazo, ya que éste se refiere siempre a un acon-

tecimiento que debe fatalmente suceder, aunque pueda ignorarse cuando.

c) Que el nacimiento o la extinción de la obligación están subordinados a que la condición se cumpla.

También surge de la definición la existencia de dos tipos de condición: "suspensivas" y "resolutorias".

Condición suspensiva es la que hace depender el nacimiento o la existencia de una obligación de la ocurrencia de un acontecimiento futuro e incierto. Ejemplo: "Te daré cien escudos de oro si llega una nave de Asia".

Condición resolutoria es la que hace depender la resolución o extinción de una obligación de la realización de un acontecimiento futuro e incierto, como ocurriría por ejemplo si yo trasmitiera a alguien una cosa de mi propiedad con la condición de que me sea restituida si me designan magistrado.

DIFERENTES CLASES DE CONDICIONES

Aparte de las condiciones indicadas hay otras, a las cuales no se puede subordinar a veces la existencia de una obligación. Los textos mencionan las siguientes:

1) La condición imposible que tiene lugar cuando el acontecimiento o el hecho no se puede realizar por ser contrario a la naturaleza o a la ley. Por ejemplo, si una persona promete a otra darle una suma de dinero "si toca el cielo con el dedo", existiría una condición físicamente imposible; en tanto que si se le prometiera darle el dinero por "venderle una cosa sagrada", existiría una condición legalmente imposible.

La subordinación de un negocio jurídico a una condición imposible da lugar en el derecho romano a diversos efectos según se trate de contratos o de testamentos. En los contratos la inclusión de una condición imposible anula la manifestación de voluntad, pues no puede admitirse que las partes que hayan subordinado la existencia de una obligación a semejante condición hayan tenido seriamente la voluntad de contratar. En cambio, en el testamento

se considera como no escrita la condición imposible y válidas las disposiciones testamentarias.

Sin embargo, cuando la condición imposible está formulada negativamente, por ejemplo, "te daré cien escudos si no tocas el cielo con el dedo", la obligación es válida como pura y simple porque se tiene la certeza de que ese hecho no se realizará nunca. Igual ocurre con las disposiciones testamentarias.

2) La condición ilícita, moralmente imposible o condictio turpis, es aquella que tiene por objeto un hecho ilícito o contrario a las buenas costumbres. Inserta esta condición en un contrato no causa siempre su nulidad, pues no produce este efecto sino cuando tiene por objeto inducir a una de las partes a cometer un acto ilícito y, en general si imprime al contrato un carácter de inmoralidad; por ello hay que atenerse a las siguientes reglas:

a) Si se subordina una promesa a la condición de que el acreedor cometa un delito, por ejemplo: "te daré cincuenta escudos si injurias a Primus", el contrato es nulo.

b) Si la promesa se ha hecho bajo la condición de que el acreedor no cometa un delito, también será nulo el contrato, pues se entiende que la ley no puede apoyar a quien se ha hecho prometer un pago para respetarla.

c) Pero, si la promesa se subordina a la condición de que el promitente o deudor llegue a cometer un delito, por ejemplo si una persona se obliga a pagar una suma de dinero si llega a delinquir, el contrato será perfectamente válido puesto que con esa condición se ha contribuido a crear un obstáculo más contra la comisión de un delito y el carácter de ella es perfectamente moral.

Estas distinciones no tienen interés alguno cuando se trata de disposiciones testamentarias, puesto que en ellas se considera a la condición como no escrita.

3) Condiciones positivas o negativas. Positivas, aquellas en que se subordina el nacimiento o la extinción de una obligación a la realización de un acontecimiento cualquiera, por ejemplo: "que venga una nave del Asia"; y negativas, aquellas en que el nacimiento o extinción de la obligación dependen de la no realización

de un determinado hecho, por ejemplo: "si no viniera una nave del Asia".

4) Condición potestativa es aquella en que el acontecimiento futuro a que se halla subordinado el nacimiento o la extinción de la obligación dependen de la voluntad de una de las partes contratantes y también un poco del azar, por ejemplo: "te daré diez escudos de oro si vas a Cartago".

Es de observar que la condición puramente potestativa, o sea la que hace depender la formación del contrato únicamente de la voluntad de las partes o de la de una tercera persona, hace válida la obligación cuando la condición se refiere a la voluntad del estipulante o acreedor o a la de un tercero, por ejemplo: "te daré diez ases si quieres" o "si Primus quiere"; en tanto que si se refiere a la voluntad del deudor o promitente, por ejemplo, "te daré diez ases si quiero" hace nula la obligación porque el deudor se ha reservado su consentimiento y el vínculo jurídico no ha podido por tanto formarse.

5) Condición casual que es la que depende exclusivamente del azar, o sea de un hecho externo o extraño a la voluntad de las partes, por ejemplo: "te daré cien escudos de oro si me eligen cónsul".

6) Condición mixta es la que depende, en parte de la voluntad de una de las partes y en parte de un hecho extraño o de la voluntad de un tercero, por ejemplo: "te daré el dinero para tu viaje si compras un caballo". El cumplimiento de esta condición depende no sólo de la voluntad del acreedor a quien se hace la promesa que debe comprar el caballo, sino también de su propietario que debe consentir en venderlo.

EFECTOS DE LAS CONDICIONES

Los efectos de la condición varían de acuerdo al resultado que las partes han subordinado a su cumplimiento. La condición puede suspender bien el nacimiento o existencia misma de la obligación, bien su extinción o resolución. En el primer caso la obligación no existe sino cuando la condición se cumpla. En el segundo caso la obligación existe inmediatamente, es pura y simple, pero se extingue si la condición se cumple. Es necesario por tanto analizar los efectos en los dos tipos de condiciones.

A) Efectos de la condición suspensiva

En el análisis de los efectos de esta condición deben distinguirse los tres momentos siguientes: a) pendente conditione, mientras la condición está en suspenso; b) existente conditione, cuando la condición se cumple; y, c) deficiente conditione, cuando falla la condición.

a) Pendente conditione. La condición impide el nacimiento de la obligación y como consecuencia de ello mientras la condición no se cumpla no puede el acreedor exigir el cumplimiento de la obligación, pues no se sabe si ésta nacerá; si el deudor por error paga antes de que la condición se cumpla, ha pagado lo que no debe y puede en consecuencia exigir la repetición de lo pagado; si el acreedor recibe la cosa antes del cumplimiento de la condición no puede llegar a usucapir porque carece del justo título; y por otra parte, si la cosa debida perece por caso fortuito antes del cumplimiento de la condición, el contrato queda sin efecto por falta de objeto.

Sin embargo es necesario observar que aunque la obligación no haya nacido antes del cumplimiento de la condición, hay una esperanza que se trasmite a los herederos del acreedor o del deudor en caso de muerte de estos. Esta esperanza autoriza al acreedor a realizar actos conservatorios, como el de exigir un fiador, la entrega de la posesión de la cosa, etc.; razón por la cual algunos autores dan a este acreedor bajo condición el título de acreedor condicional, aunque en realidad no haya aun crédito.

b) Existente conditione. Se dice que la condición se ha cumplido cuando el acontecimiento al cual las partes subordinaron el nacimiento de la obligación se ha realizado, en cuyo caso la obligación nace y el acreedor puede exigir su ejecución al deudor; pero este efecto no se produce sino cuando los elementos esenciales de la obligación subsistan para ese momento, pues si por caso fortuito la cosa objeto de la obligación ha perecido totalmente, la obligación no puede nacer por falta de objeto y el deudor soportará la pérdida; pero si por el contrario la cosa no ha perecido sino parcialmente o ha sufrido un simple deterioro, la obligación tiene objeto, nacerá, y el acreedor soportará el deterioro como se aprovecharía igualmente del aumento del valor fortuito de la cosa debida.

Por otra parte, la esperanza que el contrato tradicional ha-

bía hecho nacer entre ciertas personas se realiza, como es natural, en provecho de las mismas personas a la llegada de la condición. De ahí que si un hijo de familia ha hecho un contrato condicional en el cual figura como acreedor y después ha sido emancipado antes de que la condición se cumpla, el crédito será adquirido al cumplirse la condición por el paterfamilia que tenía sobre él la potestad paterna el día en que se realizó el contrato. Igual ocurrriá si el que hizo el contrato es un esclavo que cambia de dueño antes de que se cumpla la condición; el crédito será adquirido por el dueño bajo cuya potestad se encontraba en el momento en que se efectuó el contrato. Para explicar estas soluciones se dice que los jurisconsultos romanos daban al cumplimiento de la condición un efecto retroactivo, fundado en la intención presunta de las partes.

c) Deficiente conditione. Es lo que ocurre cuando la condición falla, o sea, cuando el acontecimiento previsto por las partes no se ha realizado, o desde que es seguro que no se realizará. En tal caso el contrato no produce ningún efecto pues se considera que nunca ha existido, la obligación no ha nacido, y si algo se hubiere entregado al acreedor deberá restituirlo. Por tanto es importante determinar cuando la condición ha fallado, lo cual por tratarse de una cuestión de hecho es necesario resolver en cada caso particular, conforme a los términos del contrato. Sin embargo pueden señalarse algunos principios generales, como los que siguen:

1) El cumplimiento parcial de la condición no produce efecto alguno porque se considera que ésta es indivisible.

2) Si la condición debe cumplirse dentro de un plazo establecido por las partes, no produce efecto alguno si se cumple después de vencido dicho plazo.

3) Cuando el deudor ha hecho imposible el cumplimiento de la condición, ésta se considera cumplida.

4) Cuando varias condiciones se han establecido conjuntamente, para que nazca la obligación deben cumplirse todas.

5) Si, por el contrario, las diversas condiciones se han impuesto alternativamente, basta que una de ellas se cumpla para que la obligación nazca.

B) Efectos de la condición resolutoria

El efecto que se suspende con la condición resolutoria no es el nacimiento del derecho, que existe desde el mismo momento en que se forma el contrato, sino su extinción o resolución, o sea, que las partes han querido que una vez cumplida la condición el deudor dejara de estar obligado.

El derecho civil romano no tomaba en cuenta estas condiciones y admitía por tanto que el acreedor continuara persiguiendo al deudor, aun después de que esta condición se hubiera cumplido; pero, como esta solución era contraria a la voluntad de las partes, el pretor permitió al deudor que era perseguido por su acreedor después que la condición se hubiera cumplido, rechazar su acción mediante una excepción de dolo o de pacto convenido.

Ahora bien, admitiendo que la condición resolutoria no provocara directamente la extinción de la obligación en virtud del carácter perpetuo de la misma ¿no podría aceptarse que ese resultado se produjera por la resolución del contrato, de tal manera que cumplida la condición se considere como que nunca ha existido el contrato y que, en consecuencia, tampoco ha podido crear obligación alguna?. La respuesta tiene que ser diferente según que ella se refiera a la estipulación o a los contratos consensuales.

Tratándose de una estipulación, como se trata de un contrato de derecho estricto, el cumplimiento de la condición al igual que el simple acuerdo de las partes es insuficiente para dejarlo sin efecto. El único medio de extinguir directamente la obligación que derivara de uno de estos contratos sería la realización de un acto solemne utilizando un procedimiento inverso al que sirvió para darle nacimiento (contrarius actus).

Si se tratara por lo contrario de un contrato consensual, debe admitirse que lo que el solo consentimiento crea, el mutuo disentimiento puede disolverlo, por lo que, si las partes han subordinado la extinción del contrato al cumplimiento de la condición, aquel debe considerarse resuelto el día en que la condición se cumpla y, no existiendo ya la causa que dio origen a la obligación, ésta debe ser considerada como si nunca hubiera existido.

EL TERMINO O PLAZO

El término o plazo (dies) es un acontecimiento futuro y cier-

to de cuyo advenimiento depende la exigibilidad o la extinción de una obligación.

Se diferencia de la condición:

a) Porque mientras en la condición, el hecho o acontecimiento al cual está subordinada la obligación es incierto, en el término o plazo es siempre cierto, puesto que fatalmente debe cumplirse aun cuando a veces se ignore cuando, como ocurre en el llamado término incierto.

b) Porque mientras en la condición, del cumplimiento de ésta depende el nacimiento de la obligación, el término o plazo sólo retarda la exigibilidad de la obligación hasta su advenimiento, obligación que existía desde el momento mismo de la conclusión del contrato.

Surge también de la definición la existencia de dos clases de términos: el suspensivo (dies a quo) llamado también inicial, y el extintivo o resolutorio (dies ad quem) llamado también término final.

El término suspensivo se impone para que la obligación no sea exigible sino después de su vencimiento, en tanto que el extintivo se utiliza para que el deudor deje de estar obligado una vez que el término se ha cumplido.

CARACTERES DEL TERMINO O PLAZO

a) Debe consistir necesariamente en un acontecimiento futuro.

b) El acontecimiento tiene que ser cierto, en el sentido de que debe fatalmente suceder; pero puede consistir tanto en una fecha fija como en un hecho fatal aunque de fecha ignorada (la muerte de una persona por ejemplo). En este último caso se dice que hay un término incierto (dies incertus quando). Pero no debe confundirse el término incierto con el hecho incierto, ya que el hecho incierto, que constituye una condición, se ignora si sucederá o no; el término incierto, que constituye un verdadero término o plazo, es fatal aun cuando se ignore el momento preciso en que ocurrirá.

c) Se supone generalmente establecido en favor del deudor,

pero puede establecerse también en favor del acreedor o de ambas partes.

d) El hecho a que el término se refiere debe ser posible y lícito.

e) Puede imponerse a cualquier clase de contrato, de derecho estricto o de buena fe.

f) Puede ser tanto expreso como tácito. Este último sería el que sin haberse convenido expresamente por las partes, resultara de la naturaleza misma de la convención, como por ejemplo si una persona se obliga estando en Roma a entregarle a la otra parte una cosa en Cartago, se considera que tácitamente comprende el tiempo necesario para trasladarse de Roma a Cartago.

EFECTOS DEL TERMINO O PLAZO

A) **Término o plazo suspensivo.** Su efecto principal consiste en retardar la exigibilidad de la obligación. La obligación del deudor y el derecho correlativo del acreedor existen desde el momento mismo en que se celebró el contrato, pero el cumplimiento de ésta no puede ser exigido antes del vencimiento del término, pues de hacerlo perderá el litigio por haber incurrido en plus-petitio temporis. Sólo en el caso en que el término haya sido establecido en favor del acreedor exclusivamente es cuando éste puede, renunciando ese beneficio, exigir del deudor el cumplimiento de la obligación cuando a bien tenga.

El deudor puede también renunciar al beneficio del plazo establecido en su favor y pagar antes del vencimiento, y si lo hace, aunque sea por error, no puede luego exigir la repetición de lo pagado, por la conditio indebiti como ocurre en la condición, porque él ha pagado algo que efectivamente debía.

Una vez vencido el término la obligación se transforma en pura y simple y puede exigirse inmediatamente su cumplimiento, pero el deudor no incurrirá en mora mientras no le haya sido requerido el pago por el acreedor.

B) **Término o plazo extintivo.** Es el término por el cual las partes han querido limitar la duración de la obligación.

Los casos más frecuentes se encuentran en las estipulaciones de rentas vitalicias, por ejemplo: "¿prometes darme cien escudos de oro anuales mientras viva?". Según el derecho civil este término es ineficaz y por tanto los herederos del estipulante o acreedor conservaban el derecho, después de la muerte de éste, de perseguir al deudor para que continuara cumpliendo con su obligación. La razón que señalan los textos es que la obligación una vez que ha nacido es perpetua, lo que quiere decir que no puede extinguirse sino por los modos o procedimientos consagrados por el derecho civil, ya que no se podía crear por una duración limitada; pero, como esta solución rigurosa era contraria a la voluntad de las partes, el pretor teniendo en cuenta esa intención permitió al deudor rechazar la acción de los herederos del acreedor por una excepción de dolo o de pacto convenido.

En los contratos de buena fe el término extintivo o resolutorio es perfectamente admisible y surte sus efectos, considerándose extinguida o resuelta la obligación, al cumplirse el término.

EL MODUS

El modus era una expresión que tiene en derecho romano varias acepciones. Con frecuencia se la emplea para referirse a la obligación alternativa, pero se la emplea también para hacer alusión a la "carga" con que se acostumbra gravar a los beneficiarios en las disposiciones de última voluntad, como por ejemplo: "lego a Primus quinientos escudos de oro con cargo de que me levante un monumento a mi memoria".

Dice Bonfante que en el derecho justinianeo recibe el nombre de modus "una limitación menos absoluta, casi una forma más suave de condición, que importa una limitación puesta a la voluntad y consiste en una carga que se impone a quien recibe algo" y según Mackeldey, citado por Caramés Ferro, se entiende generalmente por modo "toda disposición onerosa por medio del cual el que quiere mejorar a otro limita su promesa, exigiendo de él y obligándole a una prestación en cambio de lo que recibe", y agrega: "que él puede existir lo mismo en los actos de beneficencia que en los actos a título oneroso, pero que es de advertir que en los primeros tiene el donante, en caso de que no se ejecute el cargo, la elección de intentar su acción, bien sea para la ejecución o para la restitución de lo que ha dado; mientras que en los segundos se limita su

acción a pedir la ejecución del cargo". (José Carames Ferro, Curso de Derecho Romano, 7º edición, Editorial Perrot, 1958, página 189).

De todo lo cual resulta que la diferencia entre el "modus" y la condición suspensiva radica en que mientras esta última hace depender la eficacia del contrato de la realización de un acontecimiento futuro e incierto, no ocurre lo mismo con el modus, en el cual el contrato produce todos sus efectos desde el momento mismo de su conclusión y sólo quedaría a la persona en cuyo beneficio fueron establecidos, la facultad de exigir coactivamente contra el adquirente el cumplimiento de los cargos impuestos.

Solamente en los actos de beneficencia podría el otorgante dejar sin efecto la liberalidad como consecuencia de la inejecución de los cargos, y entonces estos cargos funcionarían como verdaderas condiciones resolutorias.

Es de advertir que el primitivo derecho civil negaba eficacia jurídica a los cargos y que en el derecho clásico, los cargos impuestos por el testador sólo obligan directamente al beneficiario cuando tienden a favorecer a una tercera persona, en cuyo caso presentan los caracteres de un fideicomiso; pero, fuera de ese caso sólo existen medios de coacción indirecta para conseguir la ejecución de los cargos. Así, el heredero puede por medio de la exceptio doli, negarse a entregar al legatario el bien sujeto al gravamen, si éste no garantiza suficientemente su cumplimiento; y de igual manera, el heredero gravado con un cargo puede ser obligado por sus coherederos a respetarlo, mediante la actio familiae erciscundae (acción de partición de herencia). En los demás casos la autoridad sólo interviene para exigir la ejecución del cargo cuando así lo exige un interés público, como ocurriría si el cargo consistiera en la fundación de una obra piadosa.

Es sólo en el derecho justinianeo donde se consagra definitivamente el principio de la obligatoriedad jurídica de los cargos impuestos por el testador.

Para los cargos impuestos por el donante al donatario, la evolución fue semejante; pues, al principio, no tuvieron ellos por si mismos fuerza obligatoria, con el agravante de que no se reconoció al donante ni aun el derecho de pedir la restitución de la cosa donada en caso de incumplimiento, a no ser que se hubiera reservado expresamente esa facultad por medio de una estipulación.

Durante el Bajo Imperio y en el derecho justinianeo, las cosas cambian pues, el que ha impuesto el cargo puede emplear contra el adquirente del derecho la "condictio causa data causa non secuta", para exigirle la restitución de la cosa donada, o la "actio praescriptis verbis" para obligarlo al cumplimiento del cargo.

LA ACCESIO

Se daba el nombre de accesio a una modalidad que consistía en la designación de una persona que recibiera el pago de una obligación en lugar del acreedor. Este procedimiento, que sólo tiene un interés histórico, se utilizaba cuando el estipulante temía estar ausente del lugar del pago el día del vencimiento de la obligación, denominándose la persona encargada de recibir dicho pago de "adiectus solutionis gratia".

En las relaciones con el deudor el adiectus no era un acreedor, sólo tenía personalidad para recibir el pago, pero no puede ni perseguir al deudor ni perdonarle la deuda, pues este derecho no pertenecía sino al estipulante que era el único acreedor. Por eso podía elegirse para desempeñar ese papel a un filiusfamiliae, a un pupilo y aun a un esclavo.

En las relaciones con el estipulante, el adiectus viene a ser como un mandatario, pues, recibe el pago no por si mismo sino por cuenta del acreedor que puede exigirle rendición de cuentas por la acción mandati directa. Pero este mandato difiere del mandato ordinario, en que el acreedor no puede revocar directamente los poderes del adiectus, que resultan de las palabras mismas de la estipulación. Esos poderes no se extinguen más que por la muerte del adiectus, por el pago hecho al acreedor o por la litiscontestatio, en caso de que el acreedor haya intentado litigio contra el deudor.

TEMA XL

OBLIGACIONES CORREALES O SOLIDARIAS — CARACTERES — RELACIONES ENTRE LAS PARTES — UTILIDAD DE LA CORREALIDAD O SOLIDARIDAD — CONSIDERACIONES SOBRE LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES

Al referirnos a la clasificación de las obligaciones, en el TEMA XXXII de estas Lecciones consideramos la posibilidad de que una obligación se configurara con varios acreedores y un solo deudor, con varios deudores y un solo acreedor y finalmente con varios deudores y varios acreedores; y señalamos que estas situaciones daban origen a dos clases de obligaciones: las parciarias, mancomunadas o a pro rata y las correales o solidarias.

Conviene recordar también que la diferencia entre estas dos clases de obligaciones radica en que en la mancomunada o parciaria la prestación se divide entre los varios acreedores o deudores que figuren en la obligación, en tanto que en la correal o solidaria no se admite la división entre los diversos deudores o acreedores, pues en esta, por disposición de la ley o por voluntad de las partes, cualquiera de los acreedores puede exigir a cualquiera de los deudores el pago total de la prestación y cumplida la prestación a favor de uno de los acreedores y por uno de los deudores se extingue el crédito de los otros acreedores y quedan liberados de la obligación los demás deudores.

En esta situación excepcional, si existe pluralidad de acreedores se dice que hay correalidad o solidaridad activa (plures rei stipulandi), si la pluralidad es de deudores se dice que la correalidad o solidaridad es pasiva (plures rei promittendi), y finalmente, si la pluralidad es de deudores y acreedores se dice que la correalidad o solidaridad es mixta (plures rei stipulandi vel promittendi).

El procedimiento más utilizado para establecer una obligación correal era la estipulación. Si se quería establecer una obligación

correal activa cada uno de los estipulantes hará la interrogación al deudor y luego éste le responderá a cada uno de ellos o a todos juntos. Si se quiere formar una obligación correal pasiva, el futuro acreedor hará la interrogación a todos los deudores y luego cada uno de ellos responderá. Es decir que todas las preguntas deben ser formuladas primero y que luego siguen todas las respuestas; pues, si cada pregunta estaba seguida de su respuesta se formarían tantas obligaciones como estipulaciones se hubieren hecho.

Si existieran dudas acerca de si se ha formado o no una obligación correal o solidaria hay que concluir que no se ha formado sino una obligación mancomunada o a pro rata, pues la correalidad o solidaridad es una situación excepcional.

CARACTERES DE LA OBLIGACION CORREAL O SOLIDARIA

La obligación correal o solidaria se distingue por dos caracteres esenciales, que son:

a) La unidad del objeto; y,

b) La pluralidad de vínculos.

Como consecuencia de la unidad de objeto, cualquiera que sea el número de los acreedorse o de los deudores correales, la cosa debida debe ser una e idéntica para todos. No existiría correalidad si la cosa debida por uno de los deudores es diferente de la que se deba por otro deudor, o si la cosa debida a uno de los acreedores difiere de la que se deba a otro acreedor.

Y, como consecuencia de la pluralidad de vínculos, o sea la existencia de un vínculo distinto entre cada deudor y cada acreedor, resultan las siguientes consecuencias:

1) Cada obligación debe reunir las condiciones de validez que le son necesarias, como si fuese una obligación única.

2) La nulidad de una de las obligaciones no impide que las otras sean válidas.

3) Que cada obligación puede ser contraída con modalidades

diferentes. Así, una puede haber sido contraída pura y simple; otra, a término; otra, subordinada a una condición.

RELACIONES ENTRE LAS PARTES

A) Entre los acreedores correales y los deudores correales

Supongamos primero que la obligación ha sido contraída entre varios deudores correales con un solo acreedor y luego analizaremos la situación inversa, o sea la obligación surgida entre varios acreedores correales y un solo deudor.

1º) Varios deudores correales y un solo acreedor

Como en virtud de la pluralidad de vínculos cada deudor correal está obligado por un vínculo distinto, se encuentra en sus relaciones con el acreedor como si él fuera el único deudor; aquel de entre ellos que sea elegido por el acreedor para reclamarle el pago de la totalidad de la deuda, deberá pagarla, y al hacerlo quedarán liberados todos los demás deudores correales.

Como esta facultad de elegir que tiene el acreedor constituye un derecho a su favor que surge de la correalidad puede renunciar a él, y cobrarle a cada deudor su parte en la obligación.

Si el acreedor no ha podido obtener el pago amistoso de su acreencia tiene también libertad para perseguir judicialmente por la totalidad de ésta a cualquiera de los deudores, pues siendo único el objeto de la obligación deduce de una sola vez todo su derecho; pero en virtud del efecto extintivo que producía la litiscontestatio no podía actuar luego contra ninguno de los otros deudores correales, que habían quedado liberados de la obligación, en caso de que no hubiera logrado el pago íntegro de la obligación del deudor perseguido. Para remediar este inconveniente se introdujo en la práctica la costumbre de realizar una convención especial en virtud de la cual pudiera continuar persiguiendo a los deudores correales hasta obtener el pago total de la obligación. Justiniano por una constitución del año 531 transformó en regla general el efecto de esta convención, por lo cual en lo sucesivo el acreedor que hubiera intentado infructuosamente una acción, conservaba el derecho de perseguir a los otros deudores hasta obtener el pago total del crédito.

2º) **Varios acreedores correales y un solo deudor**

El deudor puede pagar la totalidad de la deuda al acreedor que él elija, y como la cosa debida es una sola, este pago extingue el derecho de los demás acreedores.

Si por falta de pago amistoso uno de los acreedores persigue judicialmente al deudor, la litiscontestatio produce su efecto extintivo y por tanto el derecho de los demás acreedores se extingue por haberse deducido en justicia todo el crédito, y en lo sucesivo el asunto queda concretado entre el acreedor que ha ejercido la acción y el deudor.

Para no tener que analizar aquí las diversas causas que extinguen las obligaciones y ver cual es el efecto que producen sobre las obligaciones correales, se puede establecer como regla general, deducida de los caracteres de esta obligación, que: "Toda causa que tienda a extinguir la obligación produce un efecto absoluto para todos los acreedores y deudores, si recae sobre el objeto de la deuda que es único; y no produce más que un efecto relativo y especial, si no interesa más que a la persona de un acreedor o de un deudor, porque hay pluralidad de vínculos y, en este caso, alcanza a un solo vínculo".

B) **Entre los acreedores correales entre sí y los deudores correales entre sí.**

La correalidad no da derecho a ningún recurso entre coestipulantes o entre copromitentes, de allí que si uno de los deudores correales da cumplimiento a la obligación los otros deudores correales quedan liberados, pero el deudor que pagó no tendrá ningún recurso contra los co-deudores para obligarlos a contribuir con su parte; y de igual manera, si uno de los acreedores recibe el pago de la obligación los derechos de los demás acreedores se extinguen y no tendrán estos ningún recurso para obligar al acreedor que recibió el pago a dividirlo entre todos.

Pero si bien la correalidad no da lugar a recurso alguno, puede haber entre los coestipulantes o entre los copromitentes otras relaciones susceptibles de crear tales recursos. Los textos señalan los siguientes:

1) **La sociedad.** Si los coestipulantes eran socios y uno de

ellos había recibido el pago, los demás podían reclamarle su parte por la acción pro-socio. De igual manera, si los copromitentes eran socios y uno de ellos ha pagado la deuda, tenía contra los otros, para obligarlos a contribuir con la porción que les correspondía, la acción pro-socio.

2) **La comunidad.** Si entre los coestipulantes o entre los copromitentes existía una comunidad de intereses sobre cosas indivisas, la acción a ejercitar contra el coestipulante que había recibido el pago o por el copromitente que había efectuado dicho pago, era la acción communi dividundo.

3) **En el mandato.** Si el coestipulante que recibió el pago es solamente un mandatario, el otro coestipulante, su mandante, podía obligarlo a entregar lo recibido por la acción mandati directa; y si el copromitente que ha pagado es sólo mandatario de otro copromitente, tiene contra éste la acción mandati contraria.

Ahora bien, como todo el que ejercita un recurso tiene que probar la relación jurídica sobre la cual pretende fundar su derecho, en el caso del copromitente que ha pagado su situación es muy desventajosa pues, al perseguir a los otros deudores debe probar no sólo el hecho del pago sino el fundamento de su pretensión; por ello el jurista Marcelo propuso, que cuando los deudores fueran solventes no se los constriñera a pagar sino su parte en la obligación; pero esta solución no podía ser aceptada, porque lo que el acreedor buscaba era precisamente evitar esa división y que cada deudor fuera responsable de la totalidad de la deuda.

Se llegó luego a otra solución, que fue, permitir al deudor perseguido no pagar la deuda si el acreedor no le cedía sus acciones contra los demás codeudores. Es lo que se llama el beneficio de la cesión de acciones (cedendarum actionum) mediante el cual el acreedor, en virtud del pago de lo que se debía, cedía sus acciones al deudor para que éste pudiera ejercitarlas contra los codeudores.

Con esto obtenía el deudor las siguientes ventajas:

a) Si carecía de recurso contra sus codeudores, el beneficio de la cesión de acciones le procuraba uno.

b) Aun cuando tuviera cualquier otro recurso, como la acción

pro-socio por ejemplo, las acciones que le cedía el acreedor eran generalmente mejores por las garantías especiales que podían tener.

c) Por último, ejercitando estas acciones, sólo tenía que probar el hecho de la cesión.

El deudor al cual se ha hecho la cesión de las acciones, no puede ocurrir contra cada uno de los otros codeudores más que por su parte y no por la totalidad de la deuda.

UTILIDAD DE LA CORREALIDAD

La utilidad de la correalidad varía según se trate de una correalidad pasiva o activa.

En la correalidad pasiva o correalidad entre deudores el acreedor encontraba una "comodidad" y una "seguridad". Una comodidad, porque persiguiendo a uno sólo de los deudores podía obtener que se le pagara la totalidad de la deuda, en lugar de tener que intentar una acción contra cada uno de los deudores por su parte; y una seguridad, porque podía elegir y reclamar el pago del deudor que le pareciera más solvente, sin importarle la insolvencia de alguno de ellos, y corría por tanto menos peligro de no ser pagado.

Los mismos deudores correales encontraban provecho, porque si dos o más personas quieren tomar dinero a préstamo para un negocio común, obtenían más fácilmente crédito obligándose solidariamente, por la garantía que esto representaba para el acreedor.

En la correalidad activa o correalidad entre acreedores, su utilidad era menor, lo cual explica que su empleo fuera más raro. Sin embargo también tenía sus ventajas, así: Si dos socios hacían una estipulación con un deudor y uno de los socios estaba ausente el día del vencimiento de la obligación, como ambos eran acreedores por la totalidad de la deuda, el que estuviera presente en el lugar establecido para el pago podía exigir al deudor el pago de la totalidad de la deuda.

CONSIDERACIONES SOBRE LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES

Como señalamos anteriormente al referirnos a las obligaciones divisibles e indivisibles (TEMA XXXII de estas Lecciones) cuando

en ellas existen varios acreedores o varios deudores es cuando interesa determinar si son divisibles o indivisibles; pues, de ser divisible, el crédito o la deuda se divide de pleno derecho entre los diferentes acreedores o deudores, en tanto que si la prestación era indivisible los efectos fueron distintos en el derecho clásico y en el justinianeo.

En efecto, según enseña Bonfante, el derecho clásico consideró a las obligaciones indivisibles donde existía pluralidad de acreedores o de deudores como solidarias, admitiendo en consecuencia al lado de la solidaridad que tenía su origen en la voluntad de las partes o en la ley, una objetiva que derivaba de la indivisibilidad de la prestación; en tanto que el derecho justinianeo las configuró como categoría distinta de las solidarias, reconociéndoles los siguientes efectos:

1º) Siendo varios los acreedores, cualquiera de ellos puede perseguir al deudor por la totalidad de la deuda, pero éste podrá exigirle una caución que lo ponga a cubierto de una ulterior persecución por parte de los coacreedores.

2º) Siendo varios los deudores y uno solo el acreedor, éste podrá perseguir por la totalidad de la deuda a cualquiera de los deudores quien, podrá exigirle la concesión de un plazo para dirigirse contra sus codeudores y requerirles, antes del pago, una contribución por las cuotas que a cada uno les corresponda en la deuda.

3º) Si uno de los deudores se ve obligado a satisfacer la totalidad de la deuda, puede intentar contra los codeudores para la restitución de lo que ha pagado en su descargo, una acción que variará de acuerdo con las relaciones de derecho que entre ellos existan, y que puede ser la communi dividundo, la familiae erciscundae, la pro-socio, etc.

4º) Cuando la obligación indivisible se traduzca, como consecuencia del incumplimiento, en la de indemnizar los daños y perjuicios sobrevinientes, se hace divisible, puesto que éstos se pagan siempre en dinero.

5º) Cada deudor es responsable de su propia culpa.

TEMA XLI

ESTIPULACIONES Y PROMESAS ACCESORIAS — LA ADSTIPULATIO Y LA ADPROMISSIO. — SPONSORES, FIDEIPROMISSORES Y FIDEIUSSORES — EFECTOS DE LA FIANZA — BENEFICIOS DE DIVISION, DE DISCUSION Y DE CESION DE ACCIONES — EXTINCION DE LA FIANZA.

Paralelamente a las personas que figuran en una estipulación por su propia cuenta, con el carácter de acreedores o de deudores principales, pueden encontrarse otras que desempeñan un papel accesorio, que estipulan o prometen no en su interés personal, sino en el del acreedor o en el del deudor. La finalidad de estas estipulaciones y promesas accesorias es la de facilitar o garantizar los efectos del contrato principal. El que estipula accesoriamente al acreedor es un "adstipulator" y el que promete accesoriamente al deudor principal es un "adpromissor".

LA ADSTIPULATIO

Había adstipulatio cuando un acreedor accesorio llamado "adstipulator", que actuaba como mandatario del acreedor principal, estipulaba del deudor la misma prestación de aquel.

Este contrato accesorio podía realizarse inmediatamente después del contrato principal o después de transcurrido cierto tiempo, pero no podía realizarse sino mediante una estipulación. El procedimiento era el siguiente: El adstipulator interrogaba al deudor así: "¿Idem dare spondesne?" (¿prometes dar lo mismo?) y el deudor respondía: "Spondeo" (lo prometo).

La utilidad práctica de la adstipulatio era la siguiente:

1º) Procuraba al acreedor un mandatario que podía perseguir al deudor en caso de que él estuviera ausente o imposibilitado de hacerlo. En efecto, durante la vigencia del sistema procesal de las acciones de la ley nadie podía confiar a un tercero el ejercicio

de una acción en juicio, ya que no se permitía la representación, inconveniente éste que quedaba subsanado con la adstipulatio, ya que siendo el adstipulator un verdadero acreedor podía perseguir en su propio nombre al deudor.

2º) Era un medio de hacer posible una estipulación en favor los herederos, (post mortem stipulantis) para después de la muerte del estipulante. En efecto, si alguien estipulaba una cosa para después de su muerte, la estipulación era nula, pero el adstipulator podía estipular la misma cosa que el estipulante principal para la época en que este estipulante hubiera muerto y esta estipulación "post mortem alterius" era válida. Ocurrida la muerte del estipulante el adstipulator podía perseguir al deudor, debiendo rendir cuenta de lo ocurrido a los herederos del estipulante.

Posteriormente cuando Justiniano reconoció validez a la estipulación "post mortem stipulantis", como la otra finalidad ya había desaparecido con el procedimiento de las acciones de la ley, no tuvo ya razón de ser la adstipulatio.

En cuanto a los efectos de la adstipulatio derivan de los caracteres que tenía el adstipulator, que eran:

a) Era personalmente un acreedor, que podía no solamente recibir el pago sino también perseguir al deudor o hacerle remisión de la deuda por acceptilatio, con lo cual ésta quedaba extinguida aun con respecto al acreedor principal.

b) Era un acreedor accesorio, por lo cual no podía estipular otra cosa que la estipulada por el acreedor principal, ni en condiciones más onerosas para el deudor. Así, no podía hacer una estipulación por diez si el acreedor principal lo había hecho por cinco, ni estipular pura y simplemente si el acreedor principal lo había hecho a término o bajo condición. Pero podía estipular por menos, en cuyo caso no podía cobrar más que lo que él mismo había estipulado.

c) Era un mandatario del acreedor principal, por cuyo motivo estaba obligado a rendir cuentas de su gestión al mandante. Si recibía el pago debía entregarlo al acreedor principal, quien podía obligarlo a ello por la acción mandati directa.

Si había consentido en la remisión de la deuda en perjuicio del acreedor principal, le era aplicable la sanción impuesta por el capítulo segundo de la Ley Aquilia, que consideraba este hecho como un delito especial; siendo esta acción de la ley Aquilia el único medio por el cual, antes de la sanción del mandato, pudo el acreedor principal obligar al adstipulator a repararle el perjuicio causado, y aún posteriormente fue la única que se usó por ofrecer la ventaja, que no ofrecía la acción mandati, de lograr una condena al doble cuando el demandado negaba ser autor del delito. Bajo Justiniano la acción que nacía del capítulo segundo de la ley Aquilia cayó en desuso junto con la adstipulatio.

La adstipulatio por otra parte, se hallaba regida por ciertas reglas especiales, entre ellas las siguientes:

1) El crédito del adstipulator no pasa a sus herederos.

2) Un esclavo no puede ser adstipulator, aunque pueda estipular válidamente.

3) Un hijo de familia podía ser adstipulator, y el crédito en vez de ser adquirido por el padre de familia le seguía siendo propio, pero no podía ejercitar acción alguna contra el deudor sino después que hubiera llegado a ser sui iuris, sin haber sufrido una capitis diminutio.

La adstipulatio no representaba en rigor una garantía, sino una comodidad para el acreedor.

LA ADPROMISSIO

Había adpromissio cuando una o más personas se obligaban accesoriamente al deudor principal, para asegurar al acreedor contra la posible insolvencia de aquel.

La adpromissio, que constituía uno de los tipos de garantía personal, atravesó por las siguientes fases: Al principio sólo existían los "sponsores", que no podían serlo sino los ciudadanos romanos y los cuales sólo podían obligarse utilizando el verbo "spondere". Más tarde, cuando la estipulación se hizo accesible a los extranjeros, estos pudieron comprometerse como cauciones, pero empleando un verbo diferente, como el "fideipromittere". Así, el acreedor in-

terrogaba: "¿Idem fideipromittis?", y el fiador debía responder: "fideipromitto". Estos fideipromisores se hallaban sujetos a los mismos principios que los sponsores.

Por último en el siglo VII, aparece una tercera clase de adpromissores, que se obligaban por medio del verbo "fideiubere" y que sometidos a reglas menos rígidas, hicieron caer en desuso a la sponsio y a la fideipromissio.

Al lado de los adpromisores que se obligaban mediante la estipulación, se establecieron también otras formas de caución reconocidas por el derecho civil o por el derecho pretoriano y que presentaban ventajas particulares; fueron estas, el "mandatum credendae pecuniae", realizado por medio del contrato de mandato, y el "constituto debiti alieni", sancionado por el derecho pretoriano.

SPONSORES Y FIDEIPROMISSORES

Los sponsores y los fideipromissores estaban regidos por los mismos principios. No podían servir de garantía sino a obligaciones verbales y su obligación no se trasmitía a sus herederos, excepto cuando se tratara de un fideipromissor extranjero cuyo derecho civil admitiera esa solución. El papel que desempeñaban al lado del deudor principal tenía mucha analogía con el que desempeñaba el adstipulator al lado del acreedor, pues eran en efecto:

a) Personalmente deudores, ya que se comprometían por la estipulación a cumplir la misma prestación que el deudor principal. Podían por tanto ser perseguidos por el estipulante, pero el pago hecho por uno de ellos libera a todos los demás.

b) Deudores accesorios, por lo cual no podían prometer otra cosa que la prometida por el deudor principal, ni obligarse en condiciones más onerosas; pero si podían prometer menos que el deudor principal, en cuyo caso la garantía era sólo parcial.

c) Mandatarios del deudor principal, por lo cual podían ocurrir contra él cuando habiendo sido perseguidos por el acreedor hayan tenido que pagar la deuda. En la época antigua una ley Publilia autorizó al sponsor que no había recibido del deudor el reembolso de lo pagado dentro de los seis meses siguientes al pago, a ejercitar contra este deudor la "manus iniectio pro iudicatio". Ba-

jo el procedimiento formulario ese recurso se reemplazó por la acción "depensi", que acarreaba una condenación al doble en caso de negación por parte del demandado. Finalmente, cuando se sancionó el mandato los sponsores y los fideipromissores hallaron en la acción "mandati contraria" un recurso eficaz para obligar al deudor principal a reembolsarle la suma pagada.

Por esta misma época se sancionaron varias leyes, que establecieron para los sponsores y los fideipromissores reglas especiales, cuya finalidad era hacer menos oneroso el compromiso de estos y permitir a los deudores menos ricos el hallar más fácilmente cauciones. Estas leyes fueron:

a) La ley Appuleia, que estableció que habría una sociedad de pleno derecho entre los sponsores y fideipromissores; y por tanto aquel de entre ellos que hubiera pagado toda la deuda podía recurrir contra los demás por la acción pro-socio, para no soportar sino su parte.

b) La ley Furia, que limitó la obligación de los sponsores y de los fideipromissores a una duración de dos años y además dividió de pleno derecho la deuda entre todos los que existieran el día del vencimiento de la obligación.

c) La ley Cicereia, que completó a las dos anteriores, obligando al acreedor a declarar públicamente por qué deuda recibía sponsores o fideipromissores y cuál era su número. Si no lo hacía a los treinta días éstos quedaban liberados.

d) La ley Cornelia, del año 666 ó 673 de Roma, que fue la primera que se aplicó a las tres clases de adpromissores, que prohibió que la misma persona pudiese servir de garantía del mismo deudor, en favor del mismo acreedor y en el mismo año, por más de veinte mil sextercios. Si la deuda excedía de esa suma la garantía no era válida.

La mayor parte de estas reglas disminuían la garantía ofrecida por los sponsores y los fideipromissores, cuyo empleo ya estaba limitado a las obligaciones que nacían de los contratos verbis; por eso, aunque usadas aun en época de Gayo, estas dos clases de garantías debieron caer en desuso desde fines de la época clásica. La fideiussio, que había sido ideada para escapar a estas reglas estre-

chas, después de haber existido junto con ellas durante mucho tiempo, quedó siendo la única forma de fianza realizada por estipulación.

FIDEIUSSORES

Los fideiussores o fiadores propiamente dichos, podían ser ciudadanos o extranjeros y se obligaban mediante la fórmula: "¿Idem fideiubes?" (¿Te haces fiador de lo mismo?), "fideiubeo" (me hago fiador).

En cuanto a los caracteres de la obligación del fideiussor, tenemos los siguientes:

a) Era una obligación accesoria, por lo cual iba siempre unida a una obligación principal, y su empleo no se limitaba a las obligaciones nacidas verbis, sino que podía garantizar cualquiera otra obligación, civil, pretoriana y natural. También servía para garantizar una obligación futura, en cuyo caso no producía efecto si aquella no se llegaba a contraer.

b) Debía tener el mismo objeto que la obligación principal, por lo cual el fiador no podía prometer más que el deudor principal ni obligarse en condiciones más onerosas. Si prometía más, la fianza no era válida ni siquiera en la medida de la obligación principal, solución que surgía del carácter de contrato de derecho estricto que tenía la estipulación. Podía en cambio el fiador, prometer menos, considerándose entonces que no garantizaba sino una parte de la deuda.

c) Era una obligación perpetua y trasmisible a los herederos, por lo cual su duración no se hallaba limitada como la de los sponsores y fideipromissores.

EFECTOS DE LA FIANZA

1º.—Relaciones del acreedor con los fiadores.

Como cada uno de los fiadores ha prometido al acreedor por una estipulación distinta, pagar la totalidad de la deuda, todos están obligados con igual título que el deudor principal y, en sus relaciones con el acreedor se encuentran en una situación análoga

a la de los deudores correales; por consiguiente, éste puede exigir el pago íntegro de la deuda a aquel de los coobligados que le parezca.

Si el fideiussor o fiador requerido pagaba, los demás quedaban liberados, porque no hay más que una misma cosa debida por todos; y si no ha logrado el pago amistoso tiene igualmente el derecho de ejercitar su acción contra cualquiera de los coobligados, pero al hacerlo, como la litiscontestatio produce su efecto extintivo no podrá en lo sucesivo si el demandado no pagaba o pagaba sólo una parte, por hallarse en estado de insolvencia, intentar nuevamente su acción contra el deudor principal o contra los demás fiadores, pues ésta se había deducido íntegramente.

Como esta solución era demasiado rígida, los acreedores se sustraían a ella conviniendo expresamente con el deudor principal y sus fiadores que anularían las consecuencias de la litiscontestatio, de manera que el acreedor pudiera perseguir sucesivamente a todos los codeudores hasta lograr el pago total de la deuda. Esta cláusula fue convertida en ley por una constitución de Justiniano del año 531.

Como estos principios hacían suficientemente onerosa la situación del fiador, que sólo hacía un servicio al deudor principal sin interés personal en el asunto, por cuyo motivo muchas veces la persona que quería contraer una obligación se hallaba en la imposibilidad de conseguir otras que quisieran servirle de garantía; y siendo necesario conciliar los intereses del acreedor con los del deudor y los fiadores, se acordaron a estos últimos los beneficios llamados de "división" y de "discusión".

El "beneficio de división", concedido por el emperador Adriano vino a desempeñar con respecto a los fideiussores, el mismo papel que la ley Furia había cumplido con los sponsores y los fideipromissores. En efecto, hasta entonces cualquiera de los fiadores podía ser perseguido por el acreedor por la totalidad de la deuda. Después de concedido el beneficio de división, el fiador perseguido por el acreedor, pudo oponerle este beneficio.

Sin embargo el beneficio de división difería de la ley Furia desde varios puntos de vista, pues mientras esta división tenía lugar, conforme a la ley Furia, de pleno derecho, el beneficio de división

debía ser invocado por el fiador que quería hacer uso de él, pues el acreedor conservaba aun el derecho de perseguirlo por la totalidad; de modo que si el fiador pagaba toda la deuda sin oponer a la acción del acreedor el beneficio de división, no podía luego exigir la repetición de lo que excediese de su parte en la obligación, por la condictio indebiti.

Además, conforme al beneficio concedido por el emperador Adriano, la división no tenía lugar entre todos los fiadores obligados al momento del vencimiento, sino entre aquellos que fueran solventes en el momento de la litiscontestatio. Esta solución armonizaba mejor que la adoptada por la ley Furia, los intereses del acreedor con los de los fiadores, ya que si por ejemplo de cuatro fiadores, dos eran solamente solventes en el momento de la litiscontestatio, la división de la deuda tenía lugar sólo entre ellos, quedando así seguro el acreedor de no perder nada.

El beneficio de división, que fue definitivamente confirmado por Justiniano, no era acordado a los fiadores del tutor, ni a los que negaban su obligación; pero, en cambio fue extendido a los sponsores y fideipromissores de provincia, que no caían bajo la aplicación de la ley Furia, ya que ésta se aplicaba sólo en Italia.

El "beneficio de discusión" era aquel por medio del cual el fiador perseguido por el acreedor podía exigir a éste que se dirigiera en primer lugar contra el deudor principal, negándose a pagar hasta tanto no hubiera sido comprobada la insolvencia del deudor.

Con este otro beneficio que fue reconocido por Justiniano, se logró un gran progreso, ya que hasta entonces el acreedor podía dirigirse en primer término contra cualquiera de los fiadores y no tenía el fiador perseguido sino un medio para evitar las consecuencias de tal persecución que era dar al acreedor mandato para que, por su cuenta y riesgo, persiguiese al deudor principal. Este procedimiento resultaba beneficioso para el acreedor, ya que desde ese momento disfrutaba de dos acciones contra el fiador: una la que surgía del contrato de fianza y otra que surgía del mandato (la actio mandati contraria) que podía ejercer cuando el deudor principal no le hubiera pagado. Pero, este procedimiento no era obligatorio para el acreedor y podía ser rechazado por éste.

El otro procedimiento que se empleó antes del beneficio de discusión, era el de la fideiussio indemnitatis, que consistía en lo siguiente: en el momento de constituirse la garantía en lugar de interrogar el acreedor al fiador en la forma ordinaria, la pregunta que le formulaba era la siguiente: ¿prometes pagarme lo que no haya podido obtener del deudor principal? y el fiador contestaba: lo prometo. En esta forma el fiador no quedaba obligado sino condicionalmente y con el derecho de exigir que el deudor principal fuera perseguido en primer término.

2º.—Relaciones entre el fiador y el deudor principal.

El fiador que ha garantizado el cumplimiento de la obligación, se ha obligado en interés del deudor principal, por lo cual es justo que si ha tenido que pagar la deuda de éste, pueda dirigirse contra él para obligarlo a reembolsarle lo pagado.

Este recurso del fiador contra el deudor principal podía ser:

a) La actio mandati contraria, cuando se hubiere obligado a petición del deudor.

b) La actio negotorium gestorum contraria, cuando se hubiere comprometido sin habérselo pedido el deudor principal y sin su conocimiento.

c) Cuando se hubiese obligado contra la voluntad del deudor, algunos jurisconsultos consideraban que debía acordársele como un favor la actio negotiorum gestorum utilis; pero la mayoría sostenía que debía negársele toda clase de recurso.

3º.—Relaciones de los fiadores entre sí.

En caso de que existieran varios fiadores, aquel que hubiera pagado la totalidad de la deuda, no tenía contra los demás ningún recurso que se derivara de la misma fianza, para obligarlo a contribuir con su parte en la obligación.

Esta situación era excesivamente desventajosa para ellos, especialmente en la época en que el beneficio de división no existía, pues cada uno de ellos se hallaba expuesto a tener que pagar la totalidad de la deuda en caso de insolvencia del deudor principal.

Por ello, los juristas reconocieron la necesidad de conceder al fiador que haya pagado la deuda, un recurso contra los demás fiadores. Este recurso que se denominó: "beneficio de cesión de acciones" consistía en que el fiador perseguido por el acreedor podía exigirle a éste, antes de pagarle, que le cediera todas las acciones y derechos que él tenía contra los demás coobligados. Si el acreedor se negaba a hacer este arreglo el fiador podía oponer a la acción del acreedor la exceptio doli, que obligaría al juez a examinar entonces la causa por la cual el acreedor no había consentido en la cesión de sus acciones y si resultaba probado que no existía ninguna razón seria para tal negativa, el fiador debía ser absuelto.

El acreedor cedía sus acciones en el estado en que se encontraban, no pudiendo por tanto el fiador quejarse en caso de que algunas de ellas hubieran llegado a ser ineficaces.

Desde el momento de la cesión, el fiador que había pagado podía ocurrir contra los demás, previa deducción de la parte que a él le correspondía cargar en la deuda. Estos podían por otra parte, oponerle el beneficio de división.

En cuanto al origen de este beneficio de cesión de acciones, se afirma que fue creado por los mismos jurisconsultos sin necesidad de ley alguna que lo introdujera; y para explicar la supervivencia del crédito y de las garantías accesorias, después del pago verificado por el fiador, decían que lo que éste hacía no era en realidad un pago, sino que compraba los derechos del acreedor por un precio igual al del crédito.

EXTINCION DE LA FIANZA

Como la obligación del fiador es una obligación accesoria, es susceptible de extinguirse por vía de consecuencia o directamente.

A) Por vía de consecuencia, se extingue al mismo tiempo que la obligación principal, pues no se comprendería que pudiera subsistir la garantía de una obligación que ha dejado de existir. Pero, es preciso que la obligación principal se halla extinguido de un modo absoluto; no basta que esa extinción se deba a una causa de liberación especial de la persona del deudor. Por tanto se puede establecer la regla siguiente: No teniendo la deuda más que un solo objeto para todos los coobligados, si la causa de extinción princi-

pal recae sobre el objeto mismo, como el pago, los fiadores quedan liberados. Si, por lo contrario, se trata de una causa de liberación personal del deudor, como la capitis deminutio, los fiadores permanecen obligados, pues su compromiso tiene precisamente por finalidad servir de garantía cuando se producen acontecimientos semejantes.

B) Directamente, en virtud de una causa de extinción que se realiza en la persona del fiador. En tal caso ¿qudarán liberados el deudor principal y los demás fiadores? Esta cuestión se resuelve estableciendo la misma distinción anterior: Todo modo de extinción que afecte al objeto mismo de la obligación libera a todos los coobligados; en tanto que el que afecte sólo a la persona del fiador extingue la obligación solamente para él.

TEMA XLII

CONTRATOS LITTERIS — CARACTERES — EFECTOS — LOS CHIROGRAPHA Y LOS SYNGRAPHA — EXCEPCION DE NON NUMERATAE PECUNIAE.

El contrato litteris (escrito) se realizaba en el derecho antiguo mediante menciones especiales, llamadas "nomina transcriptitia", escritas por el acreedor en un libro o registro doméstico que llevaba, denominado "codex" o "tabulae".

El origen de estos contratos se halla posiblemente en una práctica de contabilidad muy antigua entre los romanos. En efecto, los ciudadanos romanos acostumbraban a anotar diariamente en una especie de libro borrador todos sus ingresos y egresos, libro éste que era denominado "adversaria" y que tendría como equivalente el libro diario de los comerciantes. Estas anotaciones eran periódicamente asentadas en otro libro denominado "codex" o "tabulae", similar al libro de Caja de los comerciantes, en el cual se dejaba constancia en el "acceptum" de lo que se recibía y en el "expensum" de lo que se entregaba, todo ello con indicación de la causa jurídica de los respectivos movimientos de dinero, o sea, señalando si la recepción o entrega se hacía en calidad de préstamo, de pago, etc., y de los nombres de las personas con quienes se había negociado. También acostumbraban llevar un libro llamado "kalendarium", en el cual anotaban los vencimientos y los intereses correspondientes a las sumas dadas en préstamo.

En el "codex accepti et expensi", que era el más importante de todos estos libros, la anotación que se hiciera recibía el nombre de "nomen", y cuando este nomen acreditaba una entrega de dinero en efectivo se llamaba "nomina arcaria". El acreedor o sea el que entregaba el dinero asentaba en su codex: "Expensum Titius centum" (entregado a Ticio cien), y a esta operación se llamaba "expensilatio". A su vez el deudor, o sea el que recibía el dinero, hacía en su codex una anotación inversa: "Acceptum Sempronius cen-

tum" (recibido de Sempronio cien), y a esta operación se la llamaba: "acceptilatio".

Los desembolsos se anotaban en la columna del "expensum" y los ingresos en la correspondiente al "acceptum", de manera que una simple comparación entre las dos columnas permitía al interesado darse cuenta de su estado financiero en cualquier momento.

El asiento en el "expensum" del acreedor debía hacerse con el consentimiento del deudor que podía prestarse verbalmente o por escrito, como ocurría más a menudo, y parece que el deudor debía hacer la anotación respectiva en su correspondiente libro; sin embargo algunos intérpretes sostienen que no era necesaria la anotación del deudor.

Es conveniente señalar que lo expuesto se refiere a los "nomina arcaria", que no eran precisamente verdaderos contratos litteris, sino simples medios de prueba de otros contratos que se suponían habían tenido lugar. La inscripción en el registro no constituía en consecuencia sino una simple prueba de que el respectivo contrato había sido concluido, por ejemplo de que el dinero se había entregado en mutuo. Pero, de esta práctica nació más tarde la idea del contrato litteris, que lo mismo que la estipulación sirvió para darle fuerza obligatoria a otros acuerdos, pero que tenía sobre aquella la ventaja de poder realizarse también entre ausentes. Los "nomina arcaria" pasaron a ser "nomina transcriptitia" y fue entonces cuando se convirtieron en verdaderos contratos litteris.

Accarias ha definido el contrato litteris como "un préstamo de dinero ficticio que se ha efectuado mediante un pago o entrega de dinero igualmente ficticio"; y según Gayo la obligación literal "se contrae a los créditos transferibles, los cuales tienen lugar de dos maneras, según que la traslación sea de la cosa a la persona (a re in personam) o de una persona a otra (a persona in personam)".

Hay "nomina transcriptia a re in personam", cuando las partes se sirven del contrato litteris para transformar en una obligación literal una obligación de otra naturaleza. Por la inscripción en el codex del acreedor, el deudor, liberado de la obligación antigua, se encuentra obligado litteris. Por ejemplo: Primus debe cierta cantidad de dinero a Secundus como consecuencia de una venta,

si ambos resuelven de común acuerdo transformar esa obligación en una obligación litteris, realizan la siguiente operación: Secundus que tenía anotada en su codex la suma que Primus le debía, dejaba constancia en el acceptum que ella le había sido entregada, con lo cual quedaba extinguida la obligación primitiva como si la deuda hubiera sido realmente pagada; pero, hacía constar en el expensum que entregaba en préstamo a Primus una suma igual a la recibida y que en realidad no había salido de su caja. Nacía así en sustitución de la primitiva obligación una obligación nueva, una obligación litteris, habiéndose operado una novación por cambio de causa de la primitiva obligación.

Podía también usarse este procedimiento para transformar en obligación civil una obligación natural. Así en el caso de una donación, si el donatario (acreedor) hacía constar en el expensum de su codex que había entregado una determinada suma de dinero al donante (deudor), operación ficticia que anulaba mediante una inscripción correlativa en el aceptum, para conservar la exactitud de su libro de caja; el donante quedaba así obligado litteris hacia el donatario, en una época en que el pacto de donación carecía de fuerza obligatoria. Lo mismo podía hacerse para la constitución de una dote.

Hay "nomina transcriptitia a persona in personam", cuando se sirven del contrato litteris para cambiar la persona del deudor. En efecto, podía ocurrir que varias personas que tuvieran entre si relaciones de crédito quisieran liquidarlas utilizando un procedimiento más rápido y sencillo, para lo cual podían recurrir al contrato litteris, utilizando la transcriptio a persona in personam. Por ejemplo: Primus debía mil ases a Secundus, pero a su vez Secundus era deudor de Tercius por mil ases; lo más cómodo en tal situación era que Primus pagara los mil ases a Tercius directamente, con lo cual quedarían extinguidas con un solo pago todas las obligaciones. Para ello se procedía así: Tercius anotaba en su codex que entregaba a Primus los mil ases que había recibido de Secundus, Secundus a su vez anotaba también en su codex que entregaba a Tercius los mil ases que había recibido de Primus, y Primus finalmente dejaba constancia en su libro que entregaba a Secundus los mil ases que había recibido de Tercius. De esta forma se evitaban por un simple cambio de anotaciones varios traslados de dinero con gran ventaja para los interesados, sobre todo cuando se hallaban ausentes.

CARACTERES DEL CONTRATO LITTERIS

Lo mismo que ocurre con la estipulación, los caracteres de este contrato derivan de su carácter formal o solemne, por tanto:

a) Era unilateral, ya que de él sólo surgían obligaciones para una de las partes contratantes.

b) De derecho estricto, porque el juez debía atenerse a la letra misma del contrato, como en los demás contratos formales.

c) De derecho civil, por lo cual los peregrinos no podían servirse de él para convertirse en acreedores.

d) No podía tener por objeto sino sumas determinadas de dinero.

e) Era un contrato abstracto en el sentido de que no se investigaba si las obligaciones que contraían las partes obedecían a alguna otra causa que no fuera la observancia de las formalidades.

EFECTOS DEL CONTRATO LITTERIS

Como el contrato litteris al igual que la estipulación, es un contrato de derecho estricto y unilateral, sólo surgían obligaciones para una de las partes contratantes, pero el objeto de este contrato era más restringido ya que solamente podía consistir en sumas de dinero determinadas y por ello el derecho del acreedor se hallaba protegido únicamente por la "condictio certae creditae pecuniae".

LOS CHIROGRAPHA Y LOS SYNGRAPHA

Aun en vigor en el siglo II de la era cristiana, los nomina transcriptitia comenzaron a caer en desuso, a medida que los romanos fueron perdiendo la costumbre de llevar el codex, cuyo uso quedó exclusivamente reservado para el uso de los banqueros, quienes lo conservaron para facilitar las operaciones de contabilidad en las relaciones con sus clientes.

Pero, desde la época de Gayo (siglo II d. C.), había otra manera de obligarse litteris, que consistían en escritos sobre simples

hojas, llamados "chirographa" y "syngrapha", palabras que demuestran el origen griego de esta institución. El "chirographum" era un compromiso del deudor de pagar una cantidad determinada de dinero, que conservaba el acreedor. El "syngraphum", era redactado en dos ejemplares, llevaba el sello del acreedor y el del deudor, y cada una de las partes conservaba un ejemplar.

Gayo señala que este procedimiento era empleado en su tiempo por los peregrinos, que no podían obligarse mediante los nomina transcriptitia, y que creaba una verdadera obligación literal. Años más tarde cuando Caracalla extendió la ciudadanía romana todos los habitantes del imperio, es probable que se generalizara su uso entre ciudadanos a medida que los nomina transcriptitia caían en desuso. Es así como desde fines de la época clásica y durante el Bajo Imperio, el chirographum, llamado también "cautio", engendraba una verdadera obligación literal que no puede tener por objeto más que cantidades determinadas de dinero y cuyo empleo es por consiguiente más restringido que el de la estipulación.

Esta teoría es rechazada por algunos autores, como Caramés Ferro, que consideran que los documentos en referencia no fueron original y sustancialmente contratos litteris, sino que, al igual que la "cautio" probaba la celebración de un contrato de estipulación, los "syngrapha" y los "chirographa" fueron simplemente pruebas de la conclusión de un contrato de mutuo. Sin embargo el mismo autor admite que con el transcurso del tiempo llegaron a adquirir un valor probatorio absoluto, "a tal punto que desde entonces pudieron equivaler en la práctica, a verdaderos contratos litteris".

EXCEPCION DE NON NUMERATAE PECUNIAE

Sucedía frecuentemente que cuando una persona se dirigía en solicitud de un préstamo de dinero a un banquero o a un prestamista, éste le exigía la promesa de que la suma en referencia le sería devuelta en el plazo que convinieran, utilizando para esto una estipulación o un contrato litteris, que realizaban antes de entregarle la cantidad pedida por el prestatario.

Ahora bien, como en la estipulación y en el contrato litteris bastaba con que se hubieran cumplido las formalidades para que el deudor quedara obligado a realizar la prestación; podía ocurrir que un prestamista poco escrupuloso persiguiera al deudor para

que éste, obligado a realizar la prestación que había prometido, le devolviera una suma de dinero que en realidad no le había entregado en préstamo. Para ponerle fin a este abuso se autorizó al demandado que pretendía no haber recibido el dinero que se le reclamaba, oponer a la acción del demandante la "exceptio non numeratae pecuniae" (del dinero no contado ni entregado).

Con esta excepción se derogaron las reglas ordinarias de la prueba, según las cuales correspondía a la persona que invocaba la excepción probar el hecho alegado, pues en este caso era el acreedor a quien se oponía la excepción, el que se hallaba obligado a probar que el dinero había sido en realidad contado y entregado. El plazo para oponer esta excepción fue de cinco años a contar de la fecha del contrato.

Como los acreedores recurrieron entonces al subterfugio de no intentar la acción correspondiente durante los cinco años, para sustraerse a los efectos de la exceptio, dejando así indefensos a los presuntos deudores a quienes podían perseguir después de transcurrido ese término sin riesgo alguno, se permitió al deudor adelantarse a esta contingencia y ejercitar contra el acreedor, antes de la expiración del plazo de cinco años, una "condictio sine causa" con el objeto de lograr la devolución del documento o la liberación de la obligación.

Justiniano limitó a dos años el plazo durante el cual el demandado podía oponer la exceptio non numerata pecuniae, pero al mismo tiempo proporcionó al deudor que pretendía estar obligado sin causa un medio para hacer perpetua la excepción, como fue dirigir una protesta escrita al acreedor o al magistrado competente, ya que esto producía el efecto de permitirle oponer a la acción del acreedor, en todo tiempo, la "exceptio non numratae pecuniae".

TEMA XLIII

NOCION DE LOS CONTRATOS CONSENSUALES — LA VENTA — ELEMENTOS ESENCIALES — MODALIDADES ESPECIALES — EFECTOS DE LA VENTA: OBLIGACIONES DEL VENDEDOR Y DEL COMPRADOR — RIESGOS — ACCIONES.

Los contratos consensuales son aquellos que se forman por el solo consentimiento de las partes contratantes. Estos contratos no existieron en la época primitiva, en la cual no existían otros contratos sino los formales y se desconocían los contratos de buena fe. Parecen ser posteriores al mutuo pero anteriores a los otros contratos reales. Los juristas atribuyen su origen al derecho de gentes, pues consideran que proceden de los acuerdos realizados entre comerciantes romanos y extranjeros, de donde los tomó el pretor peregrino, para luego ser admitidos por el derecho civil romano que los sancionó.

Consideró el derecho romano como contratos consensuales, a la venta, el arrendamiento, la sociedad y el mandato; en los cuales los tres primeros son sinalagmáticos perfectos, porque desde que se forman engendran obligaciones recíprocas para las dos partes contratantes; y el último o sea el mandato, es sinalagmático imperfecto, porque al formarse sólo surgen obligaciones para el mandatario, aunque eventualmente podían surgir obligaciones para el mandante. Eran contratos de buena fe, pues daban origen a acciones en las que el juez debía investigar la intención de las partes conforme a los principios de la equidad; y eran contratos no formales, ya que bastaba el simple consentimiento de las partes sin ninguna solemnidad, verbal ni escrita, para que se perfeccionara el contrato; pudiendo manifestarse el consentimiento por carta, por intermedio de un mensajero y en general de cualquier manera con tal de que fuera cierto, de lo cual se deduce que podía realizarse entre personas ausentes.

LA VENTA

La venta o compra-venta (emptio-venditio) era un contrato

consensual en virtud del cual una persona denominada vendedor (venditor) se obliga a procurar la posesión pacífica y duradera de una cosa a otra persona denominada comprador (emptor), quien a su vez se obliga a trasmitirle al primero la propiedad de una suma de dinero, a la cual se da el nombre de precio.

La compra-venta era por tanto entre los romanos un contrato no formal cuya finalidad era el cambio de cosas por dinero y del cual surgían obligaciones para las dos partes, para el vendedor entregar la cosa y procurarle la posesión pacífica de ella al comprador, y para éste la de pagar el precio.

En virtud de este contrato el comprador no adquiere la propiedad de la cosa vendida, no nace un derecho real (erga omnes) a su favor, y ni siquiera el vendedor resulta obligado a transferir al comprador la propiedad de la cosa, sino que su obligación se circunscribe a entregarle la cosa vendida y garantizarle la posesión pacífica de ésta.

En razón de que la compra-venta y la trasmisión de la propiedad son actos totalmente distintos, sería válida en principio la venta de la cosa ajena; pero la obligación clásica, típica del vendedor de poner al comprador en posesión de la cosa vendida se fue poco a poco desnaturalizando por influjo del derecho honorario, debido a las mayores garantías y seguridades que debía dar el vendedor al comprador de que no sería perturbado en la posesión de la cosa, de manera tal que, prácticamente, resultó imposible la venta de la cosa ajena.

Si a ello se añade la simplicidad de la tradición como modo de adquirir la propiedad y la consideración de la compra-venta como una justa causa traditionis, se comprende que en la realidad contractual, cuando el vendedor era propietario de la cosa y ésta era una res nec mancipi, la compra-venta llegara a ser un negocio jurídico que trasmitía la propiedad de la cosa, en virtud de la conjunción e identificación que se operaba entre los efectos reales de la tradición y los obligacionales propios de la compra-venta.

Sin embargo, teóricamente, la compra-venta romana nunca fue un modo de adquirir la propiedad, pues, aunque Justiniano reconoció la venta formal, que se perfeccionaba por documento, dejó a

salvo la posibilidad de que las partes pudieran acudir a la compraventa consensual tradicional.

ELEMENTOS ESENCIALES DE LA VENTA

Para que se perfeccionara el contrato de venta eran necesarias tres condiciones:

a) El consentimiento de las partes;

b) La cosa u objeto vendido (merx); y,

c) El precio (pretium).

A) **El consentimiento de las partes**, es un elemento esencial para la formación de todo contrato, pero en la venta ofrece una importancia mayor porque aparte de que basta por sí sólo para dar nacimiento a las obligaciones que surgen para las partes contratantes, como ocurre en todos los contratos consensuales, en la venta basta que recaiga sobre la cosa vendida y sobre el precio para que ésta sea perfecta, sin que se requiera ninguna otra formalidad. Si las partes hacen redactar algún escrito donde conste la venta esto no constituye sino un medio de prueba, pero no es esencial para la formación del contrato. Igual papel desempeñaban las arras que una de las partes entregara a la otra.

Se entendía por arras una suma de dinero o cualquier objeto de valor que uno de los contratantes, generalmente el comprador, entregaba al otro como testimonio de su acuerdo y que el contrato estaba en consecuencia concluido.

Estos principios se mantuvieron en vigor durante la época clásica y en el Bajo Imperio pero Justiniano por una constitución del año 528 los modificó en el sentido siguiente: Si las partes han convenido en hacer constar la venta por escrito (cum scriptura) el contrato no se consideraba concluido hasta que las partes no hubieran suscrito el respectivo documento. El simple acuerdo de las partes no constituía más que un proyecto de contrato del cual cada una de las partes podía apartarse impunemente. Sin embargo, si se han dado arras, la parte que se retracta de lo convenido pierde las arras, si fue él quien las dió, y está obligado a devolver el doble si fue quien las recibió.

B) **La cosa u objeto vendido** (merx), tenía que ser susceptible de entrar en el patrimonio de los particulares, cosas que estuvieran en el comercio, tanto presentes como futuras.

Podían pues venderse tanto las cosas corporales como las incorporales o derechos; lo mismo las cosas singulares como las universalidades, como una herencia que le hubiere sido diferida al vendedor, pero no podía ser objeto de venta una herencia futura porque se violaría la prohibición respecto a los pactos sucesorios.

También era válida la venta de una cosa ajena, porque nada se oponía a que el vendedor se obligara a procurar al comprador la posesión pacífica y duradera de una cosa de la cual no era propietario; debiéndose distinguir en este caso para poder determinar los derechos del comprador frente al vendedor, si éste había procedido de buena o de mala fe.

Si el vendedor había procedido de buena fe, el comprador no podía quejarse mientras no fuera perturbado en la posesión de la cosa vendida; y si esta perturbación llegaba a producirse sería de ella que tendría que quejarse y no del hecho de que la venta hubiera tenido por objeto la cosa ajena.

Si el vendedor había procedido de mala fe, o sea sabiendo que la cosa no le pertenecía, el comprador quedaba facultado, aun antes de haber sufrido perturbación alguna en su posesión, para obrar contra el vendedor por haber faltado éste a su obligación de no cometer dolo, que se consideraba implícita en todos los contratos de buena fe.

Por otra parte los derechos del verdadero dueño de la cosa no quedaban sacrificados, puesto que él podía reivindicarla contra el comprador; y si éste era de buena fe y había usucapido la cosa, podía dirigirse contra el vendedor que había dejado de poseer por dolo por medio de la reivindicatio o de la actio ad exhibendum, para obtener el pago de los daños e intereses correspondientes.

También podían ser objeto de venta las cosas futuras, distinguiendo los textos entre la venta de una simple esperanza como si se comprara a un pescador el producto de una tirada de su red; de la venta de la cosa esperada, como si se comprara la cosecha que producirá un fundo o la cría que se espera de un animal. En

el primer caso la venta constituía un contrato aleatorio y el precio era debido por el comprador aun cuando la cosa vendida no llegara a existir; en el segundo caso era un contrato conmutativo la venta, cuya conclusión quedaba subordinada a la condición de que la cosa llegara a existir, único caso en que el comprador sería deudor del precio.

C) **El precio** (pretium), que para que la venta fuera válida, era necesario que consistiera en dinero y que fuera cierto y serio; y en el derecho justinianeo se exigió además que fuera justo.

a) El precio no podía consistir en una cosa cualquiera, sino en una suma de dinero (pecunia numerata). Es esto lo que distingue la venta del cambio o permuta del cual ha nacido y del cual no es más que una forma especial. En efecto, cuando la moneda era desconocida cada uno adquiría las cosas que necesitaba entregando como equivalente otras que no le eran útiles. Pero esta operación ofrecía el inconveniente de que era difícil encontrar cosas que les convinieran recíprocamente y por las dificultades de la compensación entre objetos de distinta naturaleza y valor; por eso se pensó en la necesidad de escoger una mercancía que tuviera valor fijo y que sirviendo de intermediaria en las transacciones, pudiera ser dada en cambio de cualquier otro objeto. Esa mercancía fue la moneda, que constituye el denominador común de todos los valores; y desde entonces pudo distinguirse perfectamente en la venta al comprador del vendedor, pues hasta ese momento ambos contratantes desempeñaban los dos papeles.

Hacia fines de la República, la venta se convirtió en un contrato consensual, mientras que la permuta o cambio no fue obligatoria hasta tanto una de las partes no hubiera entregado a la otra la cosa que se había obligado a entregar.

Es de recordar sin embargo que sobre esta cuestión se suscitó una controversia entre los Sabinianos y los Proculeyanos. Para los Sabinianos, todos los casos de cambio debían ser tratados de la misma manera, de modo que había venta si el precio consistía en dinero como si consistía en cualquier otra cosa. Para los Proculeyanos en cambio, sólo debía considerarse que había venta cuando el precio consistía en una suma de dinero. En efecto, en el contrato de venta la obligación del comprador es diferente de la del vendedor, y si el precio no consistiera en dinero, sería imposible dis-

tinguir entre uno y otro, puesto que ambos desempeñarían a la vez los dos papeles. La opinión de los Proculeyanos terminó por imponerse y fue la que consagró Justiniano.

b) El precio debía ser cierto (certum), es decir que debía consistir en una suma de dinero determinada o susceptible de serlo. Así, sería válida la venta si el comprador ofreciera al vendedor el dinero que tenía en su caja, pues aunque se tratara de una cantidad desconocida para el vendedor, podía determinarse fácilmente. Es igualmente válida la venta si la fijación del precio debía hacerlo un tercero designado como árbitro, en cuyo caso la venta se consideraba subordinada a la condición de que este tercero fijara el precio; pero, sería nula la venta si la fijación del precio se dejaba a la voluntad del comprador, del vendedor o de un tercero no designado en el contrato. Estas soluciones fueron confirmadas por Justiniano.

Se consideraba finalmente determinado el precio, cuando se vendía una cosa por el precio que tuviera en el mercado el día de la venta.

c) El precio debía ser serio (verum), es decir real y no simulado. Así, era nula la venta cuando el precio resultaba insignificante con relación al valor real de la cosa vendida o cuando se convenía en que no fuera exigido por el vendedor, pues entonces no habría venta sino una donación.

d) El precio debía ser justo (iustum). Es ésta una exigencia del derecho justinianeo y de ella derivó la rescisión por lesión de ultramitad (laesio ultra dimidium), como la han llamado los comentaristas. En el derecho clásico las partes podían pactar libremente el precio y se consideraba serio aunque fuera muy inferior al valor de la cosa. Diocleciano y Maximiano permitieron al vendedor pedir la rescisión de la venta cuando el precio fuera inferior a la mitad del valor real que tenía la cosa en el momento de concluirse el contrato, si bien el comprador podía evitar ese resultado pagando la diferencia entre lo pagado por él y el justo precio que tenía la cosa. Justiniano fijó definitivamente este criterio de la proporcionalidad entre el valor de la cosa y el precio.

MODALIDADES ESPECIALES DE LA VENTA

Como la mayor parte de los contratos, la venta podía ser pura

y simple o hallarse afectada de alguna modalidad, de las cuales las más comunes eran: el término y la condición.

El término suspensivo no hacía más que suspender la exigibilidad de las obligaciones que surgían de la venta, en tanto que la condición suspensiva retardaba el nacimiento mismo de la obligación, de lo cual se desprende que si el vendedor hacía entrega de la cosa vendida bajo condición suspensiva, antes de que la misma se hubiera cumplido (pendente conditione), el comprador no podía usucapir ni conservar para sí los frutos, porque le faltaba el justo título, y si por error había pagado el precio, podía exigir su repetición; pues su derecho nacía cuando la condición se cumplía, si los elementos esenciales del contrato subsistían en ese momento.

También podían las partes en el momento de formarse el contrato establecer mediante un pacto accesorio que la venta quedaría resuelta si se realizaban determinadas condiciones, o sea subordinar la venta a una condición resolutoria. En este caso los derechos de las partes nacían y los efectos de la venta se producían de inmediato, ya que ésta era considerada como pura y simple, pero se extinguían si la condición resolutoria llegaba a cumplirse.

Estos convenios o pactos que las partes añadían (pacta adiecta) como accesorios, fueron considerados como partes integrantes de la venta por ser este un contrato de buena fe, pudiendo señalarse entre la gran cantidad de ellos, por ser los de uso más frecuente, los siguientes:

1) La "addictio in diem" o pacto de mejor comprador, en virtud del cual las partes convenían, al celebrar el contrato, que la venta quedara resuelta, o sea que quedara sin efecto, si dentro de cierto plazo un tercero ofreciera comprar la cosa por un precio mayor o en mejores condiciones para el vendedor. En este caso la resolución no tiene lugar necesariamente por el solo hecho de que se hayan ofrecido mejores condiciones, sino que el vendedor, cuando se diera esta situación debía hacer conocer al comprador las condiciones que el tercero le ofrecía, a fin de que él pudiera mejorar las propias; pero si el comprador que tiene este derecho de preferencia no hace uso de él, el vendedor tendrá el contrato por resuelto.

2) El "pactum de retrovendendo" o pacto de retroventa, por

ferir al comprador la propiedad de la cosa vendida, ello habría significado el prohibir la venta de las cosas "nec mancipi" y excluir a los peregrinos de la celebración de este contrato, lo cual no se conciliaría con el carácter del mismo, de ser un contrato del derecho de gentes y por lo tanto accesible a los ciudadanos y a quienes carecían del derecho de ciudadanía.

Esta transferencia de la posesión de la cosa, permitía al comprador poder llegar a ser propietario de ella por usucapión, ya que la venta era una justa causa de adquisición.

Por otra parte, aunque el vendedor no estuviera obligado a transferir la propiedad de la cosa, debía hacer todo lo que estuviera a su alcance para que la posesión y disfrute que procuraba al comprador fueran pacíficos y duraderos. Debía por tanto entregar al comprador la cosa vendida con todos sus accesorios y abandonarle todos sus derechos sobre la cosa vendida, de manera que si él era personalmente propietario de ella debía transferirle la propiedad.

Si por el contrario la cosa vendida es ajena, o sea que no es propiedad del vendedor, como él solo está obligado a procurar al comprador la posesión pacífica y duradera de la cosa vendida, al hacerle entrega de ésta ha satisfecho su obligación, y el comprador que no sería sino un poseedor de la cosa no tenía derecho a quejarse y a obrar contra el vendedor sino cuando era desposeído o perturbado en su posesión por el verdadero propietario.

Sin embargo en el caso de un comprador de buena fe que hubiera comprado una cosa ajena a un vendedor de mala fe, es decir a un vendedor que sabía que la cosa que vendía no le pertenecía, podía el comprador al informarse de que la cosa no pertenecía al vendedor obrar inmediatamente contra éste, aun antes de ser perturbado en su posesión, y exigirle una indemnización por haber faltado a su obligación de no cometer dolo, dejándole ignorar el peligro de la evicción.

Desde el momento de la conclusión del contrato hasta el momento de la entrega de la cosa por parte del vendedor al comprador, era necesario que el vendedor tuviera la obligación de conservar la cosa, o sea que él era responsable por la pérdida o deterioro que sufra la cosa no sólo a consecuencia de su dolo sino tam-

bién de su culpa, ya que él tiene tanto interés en el contrato como el comprador. Si la pérdida se producía por caso fortuito y la venta era pura y simple o a término, el vendedor quedaba liberado de toda obligación si el objeto de la venta era un cuerpo cierto.

B) La garantía que debía dar el vendedor al comprador contra la evicción obedecía a que no teniendo el comprador más que la posesión de la cosa vendida, corría el riesgo de ser perseguido en cualquier momento por una acción reivindicatoria o de ser molestado por terceros que pretendieran sobre la cosa derechos anteriores a la venta, por lo cual se quiso protegerlo contra tales perturbaciones.

Tenía lugar la evicción cuando un tercero que demostraba ser propietario de la cosa vendida, reivindicaba ésta de manos del comprador, o bien, cuando mediante el ejercicio de la acción correspondiente se hacía reconocer otro derecho real sobre la misma cosa; de lo cual resulta que la evicción podía ser total, como ocurría en el caso de la reivindicación intentada por parte de una persona que invocara el derecho de propiedad sobre la cosa, o parcial, como en el caso de que se le reconociera sobre la cosa vendida un derecho de uso o de usufructo. En ambas situaciones procedía la garantía contra la evicción.

Esta obligación del vendedor, en la época primitiva, consistía en acudir en defensa del comprador para probar que habiendo sido el legítimo propietario de la cosa le había transferido al comprador la propiedad, y si era vencido en el litigio debía pagar al comprador el doble del precio recibido. Más tarde, cuando la venta se realizó por una doble estipulación, se hizo costumbre el que el comprador se hiciera prometer del vendedor la restitución del doble del precio si se trataba de cosas valiosas y el precio simple si la venta había tenido por objeto otras cosas. En estos casos cuando el comprador sufría evicción podía actuar contra el vendedor para exigirle la indemnización correspondiente por medio de la "actio stipulatu duplae" en el primer caso, y por la "actio stipulatu" en el segundo caso.

Posteriormente cuando la venta llegó a ser un contrato consensual, se continuó usando el procedimiento de la estipulación, pero la jurisprudencia transformó en obligatoria esta estipulación al admitir que el comprador pudiera forzar al vendedor a realizarla me-

diante el ejercicio de la acción "empti" o "ex-empto". Luego el uso repetido y continuo de la estipulación dió lugar a que se diera un nuevo paso en esta materia, como fue la facultad concedida al comprador que sufriera evicción de poder reclamar por la "actio empti" del vendedor la responsabilidad que le correspondía como si la estipulación hubiera tenido lugar, por lo cual dicha garantía se convirtió en un elemento natural del contrato y fue innecesario desde entonces establecerla especialmente.

Sin embargo, como en las ventas de cosas de gran valor, se continuó estipulando del vendedor la restitución del doble del precio pagado en caso de evicción, el comprador podía llegado el caso intentar la acción "empti" que derivaba de pleno derecho del contrato de venta o la acción "ex stipulatu duplae" que surgía de la estipulación; pero debe escoger entonces la que le parezca más beneficiosa, ya que no puede ejercer sino una sola.

Ahora bien, como la acción empti es de buena fe y la acción ex stipulatu es de derecho estricto, se derivaban de ello las consecuencias siguientes:

a) La actio ex stipulatu no podía ser intentada sino en el caso de que el comprador hubiera sufrido evicción total, o sea que se hubiera producido una sentencia judicial que lo privara de la cosa; la actio empti, podía ser ejercida aun en los casos de evicción parcial.

b) Por la actio ex stipulatu el comprador obtenía siempre la cantidad estipulada, que en la generalidad de los casos consistía en el doble del precio.

Por la actio empti, lograba la indemnización que fijara el juez y que debía ser equivalente al perjuicio causado por la evicción. Debía por lo tanto comprender: 1) el valor de la cosa o el derecho el día de la evicción; 2) los frutos que el comprador hubiera tenido que restituir al reivindicante; y, 3) los gastos que no hubiera podido hacerse reembolsar por el reivindicante. De esta manera el comprador podía obtener menos de lo que le había costado la cosa, si ésta había disminuido de valor; pero también podía obtener más si la cosa se había valorizado para el día de la evicción; por esto para evitar que los daños e intereses así fijados fueran exagerados, la jurisprudencia estableció la regla de que no deberían

pasar del doble del precio de la cosa. Esta solución fue luego consagrada por Justiniano.

Es de anotar que para que la garantía contra la evicción pudiera hacerse efectiva, se requería la concurrencia de las siguientes condiciones:

1º) Que el comprador fuera perturbado en la posesión pacífica de la cosa, sea porque se le hubiera quitado o porque se hubiera reconocido a favor de un tercero un derecho real sobre la misma.

2º) Que esta privación hubiera sido ordenada por sentencia o resolución judicial.

3º) Que el perjuicio causado al comprador proviniera de una deficiencia en el derecho del vendedor, ya sea por haber vendido una cosa ajena, o por haber enajenado una cosa gravada con derechos reales.

4º) Que el derecho invocado por el tercero fuera de fecha anterior a la venta.

5º) La necesidad de que el comprador hubiera notificado al vendedor del litigio para que lo defendiera. Si no lo hacía y era vencido no podía actuar contra el vendedor, a menos que probara que la sentencia le hubiera sido desfavorable aun con la intervención de aquel.

Finalmente es de aclarar, que la garantía contra la evicción es un elemento natural pero no esencial del contrato de venta, de manera que al efectuar el contrato el vendedor podría librarse de ella por medio de una cláusula especial y expresa. En estos casos el comprador que sufra la evicción no tiene derecho a los daños e intereses, ni a la devolución del precio pagado. Sin embargo, el vendedor seguía siendo responsable de su dolo, del que no podía librarse por ninguna convención, por afectar éste al interés público; en consecuencia, si había procedido de mala fe, o sea, conociendo el defecto de su título, quedaba obligado a responder por la evicción, no obstante la cláusula en contrario.

C) La garantía contra los vicios ocultos de la cosa vendida, que debía dar el vendedor al comprador, se referían a aquellos de-

fectos inherentes a la cosa, que determinaban una disminución en su valor, o que la hicieran inadecuada para el fin a que se la destinaba.

Es difícil conocer exactamente el estado del derecho romano primitivo sobre este asunto. Según Cicerón la Ley de las XII Tablas permitía al comprador reclamar una indemnización del doble del valor de la cosa al vendedor de un inmueble que había afirmado fraudulentamente en el momento de la venta, cualidades que en realidad no tenía; y que la jurisprudencia extendió esta regla a los casos en que el vendedor hubiera ocultado intencionalmente al comprador los defectos del inmueble. Pero, lo cierto es que, posteriormente, el comprador encontró en la estipulación el medio de asegurarse contra los defectos ocultos de la cosa vendida, haciéndose prometer por el vendedor que la cosa estaba exenta de ellos. Esta promesa, que generalmente iba incorporada a la estipulación del doble del precio para el caso de evicción, estaba sancionada lo mismo que ésta, por la acción "stipulatu duplae".

Pero en ausencia de tales estipulaciones, los conflictos fueron frecuentes sobre todo en los casos de ventas públicas de esclavos y de animales, razón por la cual los ediles curules, que eran los magistrados encargados de la policía general de los mercados, terminaron por adoptar para tales contratos, ciertas medidas en beneficio de los compradores, que fueron las siguientes:

1º) Que todo vendedor debía conocer los defectos y vicios de que adolecía la cosa vendida y por consiguiente, fuera de buena o de mala fe, si no los había denunciado al comprador, o si había afirmado cualidades que la cosa no poseía, era responsable de pleno derecho; y el comprador podía ejercitar contra él, a su elección, la acción "redhibitoria" o la acción "aestimatoria" o "quanti minoris".

Estas acciones diferían entre sí por lo siguiente:

a) La acción redhibitoria, tenía por finalidad la resolución del contrato, en tanto que aestimatoria o quanti minoris dejaba válida la venta y sólo perseguía una disminución en el precio.

b) La acción redhibitoria sólo podía ser intentada dentro de los seis meses siguientes a la realización del contrato, en tanto

que la aestimatoria o quanti minoris podía serlo dentro del año de celebrado el contrato.

c) La acción redhibitoria no podía ser intentada más que una sola vez, en tanto que la aestimatoria o quanti minoris podía serlo todas las veces en que fueran descubiertos nuevos vicios a la cosa.

2º) El edicto obligaba también al vendedor a hacer la "stipulatio duplae", para garantizar al comprador contra los vicios ocultos y contra la evicción. Si el vendedor rehusaba hacer esta promesa el comprador tenía dos meses para ejercitar contra él la acción en resolución del contrato, o seis meses para reclamar una indemnización, si lo prefería.

Estas disposiciones del edicto fueron desde el Imperio extendidas a todas las ventas; y como desde esa época se convirtió la venta en un contrato consensual y de buena fe, pudo el comprador por medio de la acción "empti", dirigirse contra el vendedor para exigirle una indemnización por haber éste cometido dolo al entregarle la cosa con defectos ocultos.

Finalmente es de anotar, que los requisitos para que fuera procedente intentar las acciones edilicias fueron los siguientes:

1) Que el vicio fuera grave, o sea de tal naturaleza que la cosa vendida no resultara utilizable para el fin para el cual se adquirió, o que disminuyera notablemente su valor.

2) Que el vicio fuera oculto, porque si estaba a la vista se presumía que el comprador debía conocerlo.

3) Que fuera anterior a la celebración del contrato.

4) En caso de venta de esclavos, era considerado como vicio oculto la enfermedad física, pero no la enfermedad moral; de esta última sólo se respondía cuando así se había prometido. De manera que si vendía un esclavo acostumbrado a embriagarse, no sería éste un motivo suficiente para que se intentara la acción redhibitoria. Si lo sería en cambio el haber vendido un esclavo sordo.

2º.—OBLIGACIONES DEL COMPRADOR

El comprador debía pagar al vendedor el precio convenido, con

los intereses a contar del día en que hubiera sido puesto en posesión de la cosa vendida; e indemnizar al vendedor de los gastos que le hubiere ocasionado la conservación de la cosa desde el día de la celebración del contrato hasta el momento de la tradición.

Esta obligación del comprador difería de la del vendedor, en que mientras éste sólo debía procurarle la posesión de la cosa, aquél debía transferirle la propiedad del precio; lo cual era natural que fuera así, porque consistiendo el precio en dinero, cosas nec mancipi, no existía aquí la razón que impedía que esta obligación fuera impuesta al vendedor.

Para obligar al comprador a cumplir con sus obligaciones tiene el comprador la "actio venditi", que no podrá intentar sino al vencimiento del plazo fijado y siempre que él hubiere cumplido con su obligación de entregar la cosa vendida, pues de lo contrario, aquél podía oponerle la excepción de inejecución de contrato (exceptio non adimpleti contractus), que era común a todos los contratos sinalagmáticos.

Pero, como la acción venditi no ofrecía al deudor suficientes garantías contra un comprador insolvente, corriendo en este caso el vendedor el riesgo de perder la cosa y el precio, se hizo necesario el que se adoptaran nuevos recursos para protegerlo, fueron estos:

a) El derecho de retención, que consistía en la facultad que se reconoció al vendedor de retener la cosa vendida hasta el momento del pago del precio, del cual podía valerse cuando no hubiera hecho tradición de ella al comprador. Pero, para que este derecho pudiera ser ejercido, era necesario que las dos obligaciones fueran jurídicamente exigibles, de manera que no podía ser aprovechado por el vendedor que hubiera concedido al comprador un plazo para el pago, sin reservarse él otro plazo para la entrega de la cosa.

b) El derecho de reivindicación, del cual podía hacer uso el vendedor que fuera propietario de la cosa, en los casos de venta al contado, pues como en tales casos la tradición no producía el efecto de transferir al comprador la propiedad de la cosa vendida sino cuando éste pagaba el precio, el vendedor continuaba siendo por tanto propietario y con derecho a reivindicar la cosa mien-

tras el comprador no le pagara; pero tratándose de ventas a término como la tradición transfería inmediatamente al comprador la propiedad de la cosa, el vendedor para evitar ese resultado le hacía entrega de la cosa al comprador a título precario, o sea no concediéndole más que un disfrute que él se reservaba el derecho de revocar si éste no le pagaba, haciéndose devolver la cosa por el interdicto de precario o por la acción reivindicatoria.

c) El derecho de reservarse una hipoteca sobre la cosa vendida, que ocurría cuando el vendedor al hacer la tradición por la cual transfería la propiedad de la cosa al comprador, convenía con éste en reservarse un derecho de hipoteca sobre ella, hasta tanto le fuera pagado íntegramente su precio; y en caso de que no se le pagara en el plazo convenido, podía ejercer contra el comprador o sus sucesores la acción hipotecaria.

d) La lex commissoria, en virtud de la cual el vendedor se reservaba el derecho de resolver el contrato si el comprador no pagaba el precio en un plazo convenido. Vencido el plazo el vendedor podía elegir entre exigir el pago del precio o dar por resuelto el contrato solicitando la devolución de la cosa.

RIESGOS EN LA VENTA

Interesa determinar en este contrato cual de los contratantes debe cargar con los riesgos, o sea cual de ellos deberá cargar con la pérdida o deterioro de la cosa vendida, ocurrida por caso fortuito, en el intervalo que puede transcurrir entre la celebración del contrato y la entrega de la cosa al comprador. Para ello es necesario distinguir la venta pura y simple y la venta a término de la venta condicional.

1º.—**Venta pura y simple o a término.** Como en este caso la venta se perfeccionaba con el simple consentimiento de las partes, si durante el tiempo que transcurría entre la conclusión del contrato y la entrega de la cosa ésta se perdía o se deterioraba por causas no imputables al vendedor, la pérdida la sufría el comprador quien debía pagar su precio, ya que regía el principio "periculum est emptoris". La aplicación de esta regla podía ser derogada mediante una cláusula expresa en contrario.

Esta regla se aplicaba sólo cuando la cosa objeto de la venta

era un cuerpo cierto o cosas consideradas en especie, pues cuando la venta tenía por objeto cosas "in genere", aplicándose el principio de que el género y la cantidad nunca perecen (genus aut quantitas nunquam perit), si las que el vendedor se disponía a entregar se perdían o deterioraban por caso fortuito, éste sólo quedaba liberado entregando otras del mismo género y calidad y en igual cantidad.

2º.—**Venta condicional.** Si la venta está sometida a una condición suspensiva, como esta modalidad retarda el nacimiento de la obligación y de los derechos que dimanan del contrato hasta el momento de su cumplimiento, para que aquellos nazcan cuando la condición se cumpla, es necesario que todos los elementos de la venta subsistan para entonces.

De esto resulta que, en caso de pérdida parcial los riesgos son para el comprador, puesto que subsistiendo todos los elementos del contrato, la venta se perfecciona, y el vendedor se libera entregando la cosa tal como se encuentra, a cambio del precio íntegro que tendrá que pagarle el comprador.

En caso de pérdida total, por el contrario, cargará con los riesgos el vendedor, ya que el contrato no puede perfeccionarse por falta de objeto.

TEMA XLIV

EL ARRENDAMIENTO — EVOLUCION — ARRENDAMIENTO DE COSAS — ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS — ARRENDAMIENTO DE OBRA — ELEMENTOS ESENCIALES — EFECTOS — ACCIONES — EXTINCION.

El arrendamiento es un contrato consensual por medio del cual una persona se obligaba a procurar a otra el goce pacífico y temporal de una cosa, a prestarle sus servicios, o a ejecutar para ella un trabajo, mediante una remuneración en dinero, llamada "merces".

Se designaba a este contrato con el nombre de "locatio-conductio", pues el que se obligaba a suministrar la cosa o prestaba el servicio era el "locator" (arrendador) y tiene contra la otra parte la acción "locati" o "ex-locato". El que debe el precio del alquiler o "merces", es el "conductor" (arrendatario) y puede ejercitar contra el locator la acción "conducti" o "ex-conducto".

De la misma definición se deduce que los romanos distinguían tres clases de arrendamiento:

a) El arrendamiento de cosas o "locatio-conductio rei";

b) El arrendamiento de servicios o "locatio-conductio operarum";

c) El arrendamiento de obra o "locatio-conductio operis".

Bajo cualquiera de estas tres formas el arrendamiento ofrecía los caracteres de ser un contrato consensual, sinalagmático perfecto, de buena fe, de derecho de gentes, y muy similar a la venta pues los elementos esenciales en ambos contratos eran los mismos y se regían por idénticos principios; pero, diferían sin embargo porque mientras en la venta el disfrute que sobre la cosa debía procurarle el vendedor al comprador era definitivo y permanente,

el que debía suministrarse al arrendatario o conductor era sólo temporal, aparte de que el locator o arrendador no trasmitía al conductor o arrendatario la posesión de la cosa sino solamente su detentación o tenencia, en tanto que en la venta el vendedor si trasmitía al comprador la posesión de ésta.

EVOLUCION HISTORICA DEL ARRENDAMIENTO

Parece ser que de las tres formas de arrendamiento la primera que fue sancionada fue el arrendamiento de cosas, que no tuvo aplicación en los primeros tiempos para los inmuebles pero sí para las bestias de carga o de tiro, necesarias para los trabajos agrícolas, que tenían entonces un valor muy elevado, por lo cual las personas que no podían adquirirlos tenían que recurrir a tomarlos prestados o a arrendarlos. Esta convención por la cual una persona se comprometía a conceder el uso de su bestia de carga o tiro a otra persona que a su vez se comprometía a pagarle un precio por ese uso, no tenía valor alguno; por lo cual, para hacerlo obligatorio es probable que, como ocurrió en el caso de la venta, se hubiera utilizado el procedimiento de la doble estipulación, hasta la sanción de la ley Aebutia, después de la cual habría quedado convertido el arrendamiento en un contrato consensual.

El arrendamiento urbano o de casas, se desarrolló luego con el crecimiento de la población después de las guerras púnicas en que afluyeron a Roma gran cantidad de extranjeros, que al radicarse en la ciudad se vieron en la necesidad de alquilar casas o departamentos en edificios. Desde entonces se le dió el nombre de inquilino al arrendatario de una finca urbana.

El arrendamiento rural o de tierras se introdujo más tarde, pues a mediados de la República la explotación rural se hacía por medio de los esclavos y en caso necesario mediante la contratación de mercenarios a jornal o por medio de empresarios que mediante un pago convenido se encargaban de todas las labores agrícolas; por tanto no era un arrendamiento de cosas lo que entonces tenía lugar sino de servicios o de obra. Fue después de las conquistas y debido a la influencia del derecho público que se generalizó la costumbre del Estado y de los particulares, de arrendar las grandes extensiones de tierra que habían adquirido y que se hallaban imposibilitados de cultivar por si mismos, dándose entonces al arrendatario de estas fincas rurales el nombre de colono.

Por lo que respecta al arrendamiento de servicios, parece que se practicó en Roma desde muy antiguo por aquellas personas que no tenían esclavos o no los tenían en número suficiente y por tanto se veían obligados muchas veces a tomar a su servicio a otras personas que realizaran determinados trabajos a cambio del pago de un salario convenido, personas estas a las cuales se les dió el nombre de mercenarios. Pero luego se sustituyó este arrendamiento de servicios por el arrendamiento de obra, en el cual el arrendador se encarga de la ejecución del trabajo por su cuenta y riesgo, mediante un salario que el arrendatario se obliga a pagarle.

La distinción entre estas dos clases de arrendamiento no fue claramente establecida sino en tiempo de Augusto para el cual se aplicaba el mismo criterio que el que regía en derecho público, que era el siguiente: el arrendamiento de obra tiene por objeto la ejecución de trabajos públicos; el arrendamiento de servicios procura a los magistrados los servicios de los auxiliares. De igual manera en derecho privado, el arrendamiento de obra tiene por objeto trabajos análogos a los que adjudican los censores, como la construcción de una casa, de un navío; mientras que el arrendamiento de servicios comprende únicamente los servicios análogos a aquellos que los auxiliares prestan a los magistrados. Con el transcurso del tiempo el arrendamiento de obra se va desarrollando a expensas del arrendamiento de servicios pues muchos de los trabajos que antiguamente hacía realizar un propietario por personas a quienes contrataba como mercenarios, se ejecutan después por empresarios.

ARRENDAMIENTO DE COSAS

El arrendamiento de cosas tiene lugar cuando el arrendador se obligaba a procurar al arrendatario el goce pacífico y temporal de una cosa mediante el pago de un precio o merces.

Los **elementos esenciales** de este contrato, al igual que en la venta eran: el consentimiento, la cosa y el precio o merces.

1º) El consentimiento de las partes, lo mismo que en la venta, era suficiente para que el contrato se perfeccionara cuando recaía sobre la cosa y el precio. Las arras y el escrito que pudieran acompañarlo, desempeñaban la misma función que en la venta.

Si no existía acuerdo sobre el precio era necesario distinguir lo siguiente: a) si el precio por el cual el arrendador creía arrendar era superior a aquel por el cual el arrendatario consideraba que se obligaba, faltaba el consentimiento y en consecuencia no había contrato; y, b) si por lo contrario, el arrendatario creía que el precio del arrendamiento era superior a aquel por el cual el arrendador consideraba que arrendaba, se consideraba que había consentimiento por la suma menor, puesto que lo más contiene lo menos.

2º) En cuanto a la cosa u objeto de este arrendamiento, podía serlo cualquier cosa mueble o inmueble, corporal o incorporal, con tal de que se hallara en el comercio.

Sin embargo, no se podía arrendar una servidumbre predial sin el fundo mismo, ni tampoco las cosas que se consumían por el uso, salvo que fueran arrendadas "ad pompam et ostentationem". Igualmente podían arrendarse las cosas ajenas, pues el arrendador sólo se obligaba a procurar el goce de las mismas al arrendatario.

3º) En cuanto al precio o merces, debía reunir los mismos requisitos que en la venta, ya que debía consistir en dinero y ser verdadero y cierto. Sin embargo, tratándose de fundos rurales se pudo arrendar también mediante una retribución que no consistiera en dinero, sino en un porcentaje sobre el producto de las cosechas, siendo en este caso el contrato muy semejante al de sociedad del cual difería por faltarle el elemento característico de este último: la "affectio societatis".

EFECTOS Y ACCIONES EN EL ARRENDAMIENTO DE COSAS

El arrendamiento de cosas como todo contrato sinalagmático perfecto, daba lugar desde el mismo momento de su formación a obligaciones para ambas partes contratantes, eran ellas las siguientes:

1º.—Obligaciones del arrendador.

La obligación del arrendador de procurar al arrendatario el goce pacífico y temporal de la cosa arrendada, puede descomponerse en lo siguiente:

a) Hacerle entrega al arrendatario de la cosa arrendada;

b) Garantizar al arrendatario contra la evicción; y,

c) Garantizar al arrendatario contra los vicios ocultos de la cosa arrendada.

La tradición o entrega de la cosa arrendada que debe hacerle el arrendador al arrendatario no hace adquirir a este último más que la simple tenencia o possessio naturalis de la cosa, pues el arrendador continuaba siendo propietario y poseedor de la cosa, cuya detentación tenía el arrendatario.

Debía además garantizar al arrendatario contra la evicción, como en la venta, e indemnizarle si vendía el inmueble arrendado, porque en este caso, salvo que en el contrato de venta se estableciera la obligación para el comprador de respetar el arrendamiento, el arrendatario podía ser expulsado por el nuevo propietario de la cosa.

También debía el arrendador garantizar al arrendatario contra los vicios ocultos que pudieran disminuir la utilidad de la cosa, pero las acciones edilicias, creadas para la venta, no eran aplicables al arrendamiento.

En el cumplimiento de estas obligaciones el arrendador era responsable no sólo de su dolo y de su culpa grave, sino también de su culpa leve porque tenía también interés en el contrato; y en caso de pérdida o deterioro de la cosa por caso fortuito era él quien cargaba con este riesgo y cesaba la obligación del arrendatario de pagar el arrendamiento.

Para obligar al arrendador a cumplir con sus obligaciones, disponía el arrendatario de la "actio conducti" o "ex-conducto".

2º.—Obligaciones del arrendatario.

Eran dos las principales obligaciones del arrendatario:

a) Pagar el precio o merces; y,

b) Restituir la cosa arrendada al finalizar el arrendamiento.

Para cumplir con la primera de estas obligaciones, el arrendatario debía transferir la propiedad de las merces o alquiler al arrendador en el lugar, época y forma convenidas; pero esta merces no era única ni se pagaba en una sola oportunidad, sino que consistía en una serie de prestaciones periódicas llamadas pensión o canon y que sólo eran exigibles en un plazo fijado de antemano, generalmente al fin de cada año o de cada mes.

Además como el alquiler representaba la contraprestación por el disfrute que el arrendatario obtenía de la cosa arrendada, no estaba obligado a pagarlo desde el momento en que aquél se hubiera hecho imposible sin su culpa; de lo cual se deduce también que, cuando por caso fortuito de carácter extraordinario, el arrendatario de un fundo rural había tenido una mala cosecha, tenía derecho a una disminución del precio del arrendamiento, aunque con la obligación de compensar esa reducción si sobrevenía una buena cosecha.

Merece especial consideración, en razón de su particular importancia, en el arrendamiento de inmuebles, que el arrendatario está obligado a evitar todo acto que de cualquier manera cause un deterioro en el inmueble; y si abandona éste antes del tiempo convenido como de duración del contrato, debe íntegra la merces; responsabilidad esta que fue limitada en el derecho justinianeo al daño efectivamente sufrido por el arrendador.

En el cumplimiento de la segunda obligación, o sea la restitución de la cosa, el arrendatario respondía de todo deterioro sufrido por la misma que fuera consecuencia de su dolo o de su culpa, pues debía usar la cosa arrendada como un buen padre de familia, conforme a lo convenido o a la costumbre. No era responsable por el caso fortuito, ni por los deterioros naturales que el tiempo causara en la cosa; y podía, a no ser que el contrato se lo hubiera prohibido expresamente, subarrendarla, o sea darla en arrendamiento a otra persona, que figuraría como subarrendataria.

Para exigir al arrendatario el cumplimiento de sus obligaciones, el arrendador disponía de la "actio locati" o "ex-locato". Además la ley le concedía al arrendador de un predio rústico una hipoteca sobre los frutos del mismo y al de un predio urbano sobre las cosas que el arrendatario hubiera introducido en el inmueble.

EXTINCION DEL ARRENDAMIENTO DE COSAS

El arrendamiento de cosas terminaba por alguna de las siguientes causas:

1º.—Por la expiración del plazo convenido, pues en el arrendamiento el disfrute de la cosa que el arrendador se obliga a conceder al arrendatario es temporal. Este plazo para los fundos rústicos era generalmente de cinco años.

Si vencido el plazo del arrendamiento, el arrendatario seguía disfrutando de la cosa sin oposición del arrendador, se forma un nuevo arriendo por el acuerdo tácito de las partes en las mismas condiciones anteriores, pero válido por un año si se trataba de un fundo rústico. Se dice que en este caso se operaba la "tacita reconductio" (tácita reconducción).

2º.—El mutuo discentimiento, que era un modo de extinción común a todos los contratos consensuales.

3º.—La rescisión del contrato solicitada por el arrendador, el cual tenía ese derecho: a) cuando el arrendatario no pagaba la pensión o canon de arrendamiento por dos períodos consecutivos; b) cuando el arrendatario daba a la cosa un destino distinto al convenido o al que le correspondiera según la costumbre; c) cuando el arrendatario no la usaba; d) cuando el arrendador la necesitaba para vivir en ella, o para hacer en la misma reparaciones indispensables.

4º.—La rescisión del contrato solicitada por el arrendatario, que tenía lugar: a) cuando por culpa del arrendador sufría un retardo o interrupción considerable en el goce de la cosa; b) cuando la cosa, aun sin culpa del arrendador, llegaba a ser impropia para el uso al cual se la destinaba.

5º.—Por pérdida fortuita de la cosa arrendada, pues si ésta perecía por caso fortuito, el arrendatario no podía disfrutar de ella y dejaba de estar obligado a pagar la merces, quedando por tanto los riesgos a cargo del arrendador.

6º.—Por haberse cumplido la finalidad para la cual fue arrendada la cosa.

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

Había arrendamiento de servicios cuando el arrendador (obrero) se obligaba a prestar al arrendatario (patrono) determinados servicios mediante el pago de un precio o merces.

Esta forma de arrendamiento no tuvo mayor importancia en el derecho romano por condenar las costumbres sociales que un hombre libre contratara onerosamente su trabajo en beneficio de otro, lo que trajo como consecuencia que esta forma de arrendamiento quedara limitada a casos muy especiales.

Tenía por objeto aquellos trabajos que no requerían conocimientos especiales, generalmente trabajos manuales, o como decían los romanos trabajos mercenarios, para excluir los "operae liberales", o sea los servicios prestados por las personas que ejercían profesiones liberales, como los médicos, abogados, gramáticos, geómetras, retóricos, agrimensores, etc., quienes en los contratos que celebraban con ocasión de la prestación de sus servicios al referirse a las sumas que cobraban por tal concepto hablaban de "honorarios" y no de merces, cuyo pago no podía ser reclamado en justicia más que por una "cognitio extraordinaria", según lo afirma Ulpiano.

En cuanto a las obligaciones recíprocas que surgían de este arrendamiento, eran las siguientes:

1º.—**Obligación del arrendador,** era prestar sus servicios al arrendatario de la manera convenida y durante el tiempo que se había pactado; y en la ejecución de esta obligación respondía de su dolo y de su culpa, pero no del caso fortuito. Su obligación estaba sancionada por la acción "conducti" o "ex-conducto".

2º.—**Obligación del arrendatario,** era pagar la merces, que era debida aun en el caso de que el arrendador no hubiera podido prestar sus servicios por caso fortuito; y estaba sancionada su obligación por la acción "locati" o "ex-locato".

Se **extinguía este contrato** por las mismas causas que el arrendamiento de cosas y además por la muerte del arrendador.

ARRENDAMIENTO DE OBRA

Había arrendamiento de obra cuando una persona se obligaba

a la ejecución de un trabajo determinado mediante el pago de un precio en dinero.

El objeto del contrato en este caso no era el trabajo de un hombre en sí, como en el arrendamiento de servicios, sino su resultado, por ejemplo: la pintura de un cuadro, la confección de un vestido, la construcción de una casa, la limpieza de un traje, la conducción de una nave a determinado puerto, etc.

Las fuentes romanas dicen que en este caso los papeles se invierten y que en consecuencia, la parte a quien en el arrendamiento de servicios se llama arrendador (el obrero) será en el arrendamiento de obra el arrendatario, de la misma manera que la persona para quien se realiza el trabajo, que en el arrendamiento de servicios recibe el nombre de arrendatario, será en el arrendamiento de obra el arrendador. La razón de esta inversión parece obedecer a la circunstancia de que los romanos entendían que, lo mismo que en el arrendamiento de cosas, la calificación de arrendador debía reservarse para la parte que entregaba la cosa sobre la que había de ejecutarse el trabajo, no quedando por tanto otra denominación que la del arrendatario para el que lo ejecutaba. Por nuestra parte creemos que, lo mismo que en el arrendamiento de servicios, con el cual es mayor la analogía del arrendamiento de obra, debe llamarse arrendador al que ejecuta la obra y arrendatario al que la encarga y paga la merces.

Lo que caracterizaba al contrato de arrendamiento de obra no ofrecía dificultad cuando el arrendador recibía del arrendatario la materia sobre la cual debía de ejecutar la obra; así habría arrendamiento de obra si Primus recibía de Secundus el paño con que debía confeccionarle el traje, pero si Primus tuviera que poner también el paño para confeccionar el traje, ¿habría venta o arrendamiento de obra?. Las opiniones de los jurisconsultos romanos estaban divididas: Pomponio opinaba que en esta figura había una venta, en tanto que Casio entendía que había un doble contrato, de compraventa de la materia y de arrendamiento de la mano de obra. Justiniano acogió la opinión de Pomponio, que se trataba de una venta.

Sin embargo, constituye una excepción a la regla de que el contrato es una venta cuando la persona a quien se encarga la obra pone el material, el de la construcción de un edificio en terreno

de otro, que será de arrendamiento de obra no sólo cuando el constructor suministra únicamente la mano de obra, sino también cuando aporta sus materiales. Así opina el mismo Pomponio, quien da como razón para ello el de que los materiales no constituían más que un accesorio del terreno que es lo principal, por lo que bastaba que el terreno fuera puesto por el arrendatario o sea por el que encargó la obra.

Respecto a las obligaciones que surgían de este contrato para el arrendador y para el arrendatario, tenemos las siguientes:

1º.—**Obligación del arrendador,** era ejecutar la obra convenida personalmente, o encomendando su ejecución a un tercero, a no ser que se hubiera establecido lo contrario, o que por los conocimientos técnicos requeridos sólo él estuviera en condiciones de cumplirla.

Mientras la obra no fuera aceptada por el arrendatario, el arrendador era responsable por la pérdida o deterioro de ella, a no ser que hubiera ocurrido por caso fortuito. Sin embargo, quedaba exento de toda responsabilidad si probaba que el perjuicio se debía a vicios del material que se le suministró y no de la obra.

Respondía también por el hecho de las personas de que se había servido para la ejecución de la obra, pero no por el de las personas en quienes hubiese sustituido dicha ejecución, a no ser que se le pudiere imputar alguna culpa por haber elegido un sustituto no idóneo.

Para constreñir al arrendador a la ejecución de sus obligaciones el arrendatario tenía a su disposición, dentro de la nomenclatura romana, la "actio locati" o "ex-locato".

2º.—**Obligación del arrendatario,** era pagar la merces, aun cuando la obra se perdiera por caso fortuito, siempre que ya la hubiera aprobado; aunque se le permitía naturalmente probar que la pérdida se produjo por culpa del arrendador, en cuyo caso no sólo no deberá el precio, sino que podrá reclamar daños e intereses.

El arrendador no podrá exigir que el arrendatario le pague la merces antes de la terminación de la obra, a no ser que se hubiera convenido que el precio se distribuyera proporcionalmente

a la marcha de la obra, en cuyo caso había que respetar el convenio.

La ejecución de las obligaciones del arrendatario podía ser exigida por el arrendador por medio de la "actio conducti" o "ex-conducto".

Se **extinguía el arrendamiento de la obra** por las mismas causas que el arrendamiento de servicios, pero conviene hacer la salvedad de que la muerte del arrendador (empresario) no extingue el contrato sino cuando sus aptitudes técnicas hubieran sido motivo determinante para la celebración del contrato de arrendamiento de obra.

TEMA XLV

LA SOCIEDAD — CARACTERES — ELEMENTOS ESENCIALES — DIVERSAS ESPECIES — DISTRIBUCION DE GANANCIAS Y PERDIDAS — EFECTOS — DISOLUCION.

La sociedad es un contrato consensual en virtud del cual dos o más personas (socios) se obligan recíprocamente a aportar sus bienes o su industria, con el fin de realizar operaciones comunes y obtener así ventajas económicas que los beneficie a todos.

Como lo señala D'Ors, la palabra sociedad, en su acepción lata, designa la agrupación de varias personas, y que dicha agrupación se da tanto cuando involuntariamente se produce una situación de indivisión entre varios sujetos en relación a ciertos bienes, como cuando varias personas constituyen una personalidad social, de interés público, a la cual se otorga personalidad jurídica distinta e independiente de la de los asociados (corporaciones), como finalmente, cuando se genera una agrupación privada por la libre voluntad de los contratantes.

Sin embargo, el término sociedad, utilizado en su sentido estricto, no abarca y comprende sino esta última modalidad, la de agrupación privada que se origina de la voluntad de los socios.

La sociedad, en sentido estricto, se distinguía de la corporación o asociación, porque en el derecho romano una personalidad social autónoma y diferenciada de la de los socios no podía surgir por la libre voluntad privada, sino que se requería una concesión por parte de la única personalidad social originaria, el pueblo romano.

Distinguíase también la sociedad, en sentido estricto, de la comunidad o indivisión, por las circunstancias siguientes:

a) Las obligaciones de los socios nacen de un contrato, en

tanto que aquellas que se originan de la comunidad de bienes nacen de un cuasi-contrato.

b) La sociedad no puede constituirse sino por el mutuo consentimiento de la totalidad de los socios; en cambio la comunidad de bienes puede resultar de circunstancias ajenas a la voluntad de los comuneros, como sucede cuando una misma cosa es legada o donada en común a dos o más personas.

c) De la sociedad deriva la acción pro-socio, mientras que de la indivisión nace la acción communi dividundo.

d) La sociedad exige como condición indispensable un elemento que no tiene por que ocurrir en la indivisión, que es: la "affectio societatis".

Lo mismo que ocurre en la compraventa y en el arrendamiento, las partes que forman el contrato de sociedad se encuentran recíprocamente obligadas a hacer algo o a entregar algo, pero las obligaciones derivadas de este último contrato se diferencian de las que surgen de los dos primeros, porque las que derivan de la sociedad son de una misma naturaleza para todos los socios, en tanto que las que surgen de la compraventa y del arrendamiento son diferentes para cada una de las partes contratantes; y además, porque las prestaciones de los socios no tienen carácter compensatorio, mientras que si lo tienen las realizadas por las partes en la compraventa y el arrendamiento.

CARACTERES DE LA SOCIEDAD

La sociedad era un contrato consensual, sinalagmático perfecto, de buena fe, del derecho de gentes y que pertenecía a la categoría de los contratos concluidos "intuitu personae", es decir, en consideración a las cualidades personales y aptitudes particulares de los contratantes. "El que contrae sociedad elige para consocio a una persona determinada" ("certam personam sibi eligit") decía Justiniano.

Además la sociedad creaba una especie de hermandad o "ius fraternitatis" entre todos los socios, lo que equivale a decir que debían conducirse en sus relaciones recíprocas como hermanos; y esta característica es la que explica por qué el socio perseguido por

sus coasociados por la acción pro-socio, estaba facultado para oponerles como excepción el beneficio de competencia, en virtud del cual no podía ser compelido a pagar más de lo que buenamente pudiera.

ELEMENTOS ESENCIALES DE LA SOCIEDAD

Para que se formara el contrato de sociedad debían darse las siguientes condiciones:

a) El consentimiento de las partes;

b) El aporte de cada uno de los socios;

c) El fin u objeto lícito y común; y,

d) La affectio societatis.

1º) El consentimiento o acuerdo de las partes, como en todos los contratos consensuales era el requisito principal, consentimiento este que podía ser manifestado verbalmente, por escrito y aun por medio de mensajero, y el cual debía recaer sobre el aporte que debía hacer cada socio y sobre el objeto de la sociedad.

2º) El aporte de cada uno de los socios era indispensable, ya que todos debían concurrir con algo a la masa común, pues si alguno de ellos se aprovechara de los beneficios sin haber aportado nada, para él no habría sociedad sino una donación realizada por los demás.

Poco importa que los aportes realizados por los socios fueran de distinta naturaleza, pues uno podía aportar su dinero, otro cosas muebles o inmuebles y otro su trabajo o su crédito, etc., sin que fuera indispensable que esos aportes fueran de igual valor; o sea, que los aportes podían ser diferentes tanto cualitativa como cuantitativamente.

3º) El fin u objeto perseguido por la sociedad debía ser lícito, pues de no serlo, si el fin perseguido con la sociedad era ilícito, como la que se constituyera para cometer delitos, sería nula.

Tampoco sería válida la sociedad que no ofreciera interés pa-

ra alguno de los contratantes, porque se hubiera convenido por ejemplo que participara en las pérdidas pero no en las ganancias, ya que la finalidad perseguida era obtener beneficios comunes, o sea beneficios que aprovecharan a todos los socios.

4º) Era también indispensable la affectio societatis, que consistía en la voluntad de los contratantes de unirse con el propósito de constituir una sociedad y de dispensarse recíprocamente el trato de socios. Si esa voluntad o intención faltara no habría sino comunidad o indivisión. Era este requisito una consecuencia del carácter de contrato intuitu personae que tenía la sociedad.

DIVERSAS CLASES DE SOCIEDADES

El derecho romano admitió diversas clases de sociedades de acuerdo con el aporte que se obligaban a hacer los socios, que podrían agruparse en dos ramas: sociedades universales y sociedades particulares; siendo las primeras aquellas en que los socios aportaban la totalidad o una parte alícuota de su patrimonio o de sus rentas; y la segunda, aquellas en las cuales los socios no se comprometían a aportar más que sus bienes u objetos determinados.

a) **Sociedades universales.** Se distribuían en dos grupos: las sociedades "omnium bonorum", llamadas también "universorum" o "totorum bonorum", es decir, de todos los bienes, en las cuales los contratantes se comprometían a poner en común todos los bienes presentes y futuros, así como sus deudas tanto anteriores como futuras; y las sociedades "omnium quae ex quaestu veniunt", es decir, de todas las ganancias, en las cuales se comprometían los socios a llevar a la sociedad todos los bienes que adquirieran con su trabajo. No comprendía por tanto esta última los bienes que pertenecieran a los socios el día en que contrataban, ni los que adquirieran después a título gratuito, sino las rentas de todos estos y los que adquirieran con su trabajo, y en cuanto a las deudas sólo se hacían comunes las contraídas con motivo de tales adquisiciones.

Las sociedades omnium bonorum las constituían en general los parientes a quienes un mutuo afecto o un interés recíproco los impulsaba a establecer entre ellos una comunidad de bienes; no se encontraron al principio más que entre los hijos después de la muerte del padre, pues conservando la propiedad indivisa después de la muerte de éste tenían la ventaja de evitar un desorden o descla-

sificación: pues cada uno después de la partición no podía figurar en los registros del censo más que por su parte en la fortuna del difunto. Esta sociedad llamada "consortium", difería muy poco de la indivisión, siendo su aplicación más reciente la que se formaba entre los cónyuges al caer en desuso la manus, que remediaba los inconvenientes del régimen dotal, y creaba entre la mujer y el marido relaciones análogas al régimen de comunidad.

En cuanto a las sociedades omnium quae ex quaestu veniunt, tuvieron en sus orígenes su utilidad en los casos en que un amo concedía la libertad a varios esclavos. Como estos libertos de un solo patrono, o "colliberti", no tenían otro recurso sino su trabajo encontraban una gran ventaja en poner en común sus esfuerzos y sus ganancias. No quiere esto decir, sin embargo, que no pudieran formarse también entre otras personas, como en efecto ocurría.

b) **Sociedades particulares.** Estas sociedades de origen menos antiguo que las anteriores podían ser también de dos clases: la sociedad "unius rei", cuando tenía por objeto la realización de una operación determinada, como si varias personas se asociaran para comprar un fundo y venderlo dividiendo luego las utilidades, o si el propietario de unos caballos y el de un coche se asociaran para venderlos más ventajosamente; y la sociedad "alicuius negotiationis", cuando tenían por objeto la realización de una serie de operaciones de la misma naturaleza, como por ejemplo para dedicarse al comercio de esclavos, de vino, de trigo, etc. En estas dos clases de sociedades el activo se compone de la aportación de los socios y de los beneficios realizados y el pasivo comprende las deudas que provienen de las operaciones de la sociedad.

Entre las sociedades alicuius negotiationis las más frecuentes e importantes eran las sociedades entre banqueros o "argentarii" y las sociedades "vectigalium", formadas entre los recaudadores de impuestos (vectigalia).

Las personas autorizadas para percibir los impuestos, que se llamaban "publicani", pagaban una cantidad fija al Fisco, y se guardaban para sí el producto de lo recaudado, por lo cual eran verdaderos arrendatarios de los impuestos. Como estas funciones de los publicanos exigía la existencia de grandes capitales para poder suplir las necesidades del Estado, lo cual era difícil que pudiera ser cubierto por una sola persona, se formaron poderosas sociedades

que fueron muy censuradas por los abusos que cometieron, las cuales se distinguieron de las otras sociedades porque constituían verdaderas personas morales o jurídicas (corpora), y porque a la muerte de uno de sus miembros continuaba existiendo la sociedad con los sobrevivientes y los herederos del difunto.

DISTRIBUCION DE GANANCIAS Y PERDIDAS

Para determinar la parte que debía corresponderle a cada uno de los socios en las ganancias o en las pérdidas que obtuviera la sociedad, es conveniente distinguir las tres hipótesis siguiente:

1º) Que no existiera en el contrato cláusula expresa que estableciera el modo de distribuirlas, en cuyo caso las ganancias y las pérdidas se dividían por partes iguales entre los socios; pues aun cuando fueran desiguales los aportes, esto no influía sobre la participación en las ganancias y en las pérdidas, ya que si las partes habían guardado silencio al respecto era porque habían reconocido tácitamente la equivalencia de tales aportes.

2º) Si en virtud de convención que formara parte integrante del contrato, se había establecido la manera de repartirse las ganancias y las pérdidas, esta convención debía respetarse como si fuera una ley, bajo la única condición de que la misma no contuviera nada que contrariase la equidad que el ius fraternitatis supone, ni la esencia misma de la sociedad.

En consecuencia, podía convenirse en que los socios tuvieran partes desiguales, participando por ejemplo uno de los socios de las dos terceras partes de las ganancias y de las pérdidas y el otro sólo de un tercio, porque tal convención hacía presumir la desigualdad de los aportes.

También se admitió la validez de la convención que dispusiera que a uno de los socios le correspondiera una parte mayor en las ganancias que en las pérdidas, o aun que participara en las ganancias y no en las pérdidas, pues se presumía que el socio favorecido por esa cláusula había prestado a la sociedad, con su trabajo, otros servicios que compensaban la ventaja. Esto no tenía por otra parte nada de contrario a la exigencia de que todos los socios participaran en las pérdidas, pues se aplicaba sólo al resultado neto de la sociedad, es decir a la cifra obtenida una vez practicada la com-

pensación entre los beneficios y las pérdidas realizados en el conjunto de las operaciones sociales. En consecuencia, si el resultado final de los negocios sociales fuera una pérdida, el socio favorecido con esta cláusula, nada podría reclamar bajo el pretexto de que alguna de las operaciones aisladas hubiera dejado utilidades.

Lo que de ninguna manera podía convenirse era que uno de los socios participara de las pérdidas y no de las ganancias; pues una sociedad constituída en tal forma era a la que los antiguos calificaban de "societas leonina" por alusión a la que en una célebre fábula de Esopo, formaron el león y el asno, y en la cual el león se queda con la presa correspondiente a ambos: "porque me llamo león". Una convención de esta naturaleza era por tanto nula.

3º) Que en el contrato se hubiera designado a una tercera persona para que hiciera la distribución de las ganancias y de las pérdidas. En tal situación el tercero designado para establecer las partes de cada socio no podía proceder arbitrariamente sino que debe actuar conforme a la equidad, señalando participaciones proporcionales a los aportes; pues, si su decisión fuere arbitraria las partes podían atacarla como inicua para hacerla modificar por el juez.

EFECTOS DEL CONTRATO DE SOCIEDAD

En el derecho romano las sociedades carecían en general de personalidad, es decir que con excepción de las sociedades vectigalium y de las de empresarios de trabajos públicos, no constituían verdaderas personas morales o jurídicas; por lo cual no podían ser titulares de derechos y obligaciones como entes distintos e independientes de sus miembros. Por eso adquirían los derechos o contraían las obligaciones los miembros o socios que hubieran intervenido en la celebración del contrato, ya que la sociedad sólo hacía surgir obligaciones entre los asociados, siendo esas obligaciones las siguientes:

a) Aportar lo que se han comprometido a suministrar a la sociedad y garantizar su disfrute a los demás.

b) Gestionar los negocios sociales dedicándoles la misma atención que a los propios.

c) Contribuir en las pérdidas y comunicar a los otros socios sus partes en los beneficios realizados.

A) Para cumplir con la primera de estas obligaciones, el socio que se había comprometido a aportar su industria o crédito debía ejecutar los trabajos prometidos en el primer caso, y en el segundo realizar la correspondiente cesión.

Si se había comprometido a transferir a la sociedad la propiedad de una cosa corporal, debía trasmitirla por tradición, mancipación o in iure cessio, según la naturaleza de los bienes, pero lo que transfería era sólo la copropiedad, puesto que él continuaba siendo propietario conjuntamente con sus socios. Esta regla sufre excepción en la sociedad omnium bonorum, donde las cosas pasan automáticamente a la sociedad desde el instante mismo de su constitución.

Si no se había comprometido sino a procurar a la sociedad el disfrute de una cosa, o sea el uso y goce de la misma, bastaba con que la pusiera a disposición de los socios.

Si existieran dudas acerca de lo que si un socio ha querido aportar es la propiedad de una cosa o solamente su uso y goce, debe presumirse el aporte de la propiedad cuando se trata de cosas fungibles o de aquellas cuyo uso no es posible sin consumirlas; pero esta presunción es a la inversa cuando se trata de inmuebles, instrumentos de trabajo y demás objetos susceptibles de procurar una utilidad a la sociedad, sin que sea necesario para ello la trasmisión de su propiedad.

Debía además cada socio garantizar a los demás contra la evicción y los vicios ocultos de la cosa que había aportado, hallándose sancionada esta obligación por la acción pro-socio.

Acerca de quien debe cargar con los riesgos a que se hallaba expuesta la cosa que debía aportarse, hay que distinguir tres situaciones: 1º) si el socio había prometido la propiedad de un cuerpo cierto, los riesgos eran para la sociedad, tanto antes como después de la entrega de la cosa, pues se encontraba en la misma situación de un vendedor; por tanto, si la cosa perecía por caso fortuito quedaba liberado, pudiendo sin embargo participar en los beneficios de la sociedad. 2º) Si había prometido sólo el goce o disfrute de

un cuerpo cierto, los riesgos eran para él, puesto que en este caso desempeñaba el papel de arrendador y continuaba siendo propietario de la cosa. 3º) Por último, si había prometido cosas in genere, los riesgos eran para él antes de la entrega, y para la sociedad una vez que ha realizado el aporte de las mismas.

B) La segunda obligación de los socios consistía en la gestión de los negocios comunes, que constituía para ellos un derecho y un deber. En el cumplimiento de esta obligación los socios respondían de su dolo, de su culpa grave y de su culpa levis in concreto; pero aunque estuvieren interesados en el contrato no respondían de su culpa levis in abstracto, porque se presumía que si no ponían más diligencia en la gestión de los negocios comunes, era porque no podían hacerlo, presunción que procede de la consideración de que, al gestionar los negocios sociales, gestionaban también los propios.

C) Si nada se había establecido en el contrato podían administrar la sociedad todos los socios, por tanto, si se reunían para obrar en común las consecuencias del acto ejecutado, que podía consistir en la adquisición de un derecho real o de crédito o en la contratación de una deuda, se realizaban en la persona de los socios por partes iguales, aunque sus partes en la sociedad fueran distintas, a no ser que de lo pactado o de las circunstancias particulares del caso, resultara otra forma distinta de distribución.

Pero, lo más frecuente era que uno de los socios, por consentimiento tácito de sus coasociados o por autorización expresa de la sociedad, actuase en nombre de la misma como gerente. En este caso por aplicación de la regla, de que nadie podía ser representado por una persona libre y sui iuris, obraba en nombre propio y no en el de la sociedad, de modo que las consecuencias de los actos por él realizados recaían sobre su persona, haciéndose por tanto propietario, acreedor o deudor; pero estaba obligado a rendir cuenta del acto realizado a sus coasociados, y si había adquirido un bien debía hacerlos partícipes del beneficio, pudiendo por su parte hacerse indemnizar por los gastos realizados y obligar a sus coasociados a contribuir en el caso de que hubiera contraído una obligación. De manera que en principio, los terceros no tenían relaciones más que con el gerente, por lo cual no podían perseguir a los demás coasociados ni ser perseguidos por estos.

Estas obligaciones de los socios estaban sancionadas recíproca-

mente por la acción "pro-socio", que era de buena fe y ofrecía las siguientes particularidades: arrastraba consigo la "tacha de infamia" en caso de condena, y daba lugar al "beneficio de competencia", pues el socio condenado a pagar no podía serlo más que en el límite de sus haberes: "in quantum facere potest".

Cabe agregar que cada socio tenía la facultad de disponer por acto entre vivos o de última voluntad, de su parte en la sociedad, y especialmente la de trasmitir a un tercero los derechos y acciones que pudieran corresponderle contra ella, pero tal trasmisión en nada modificaba sus relaciones personales con los demás socios, ni establecía vínculo alguno entre estos y el tercero, porque a ello se oponía la naturaleza de contrato "intuitu personae" que tenía la sociedad. El tercero se encontraría por lo tanto en la posición de cesionario del socio que le trasmitió sus derechos. De la misma manera podía cada socio asociar a una tercera persona a la parte que tenía en la sociedad, pero sin que aquella formara por ello parte de la sociedad originaria, pues como expresaba Ulpiano: "el socio de mi socio, no es mi socio".

DISOLUCION DE LA SOCIEDAD

La sociedad se disolvía por alguna de las causas siguientes:

1º.—El vencimiento del término señalado en el contrato o el cumplimiento de la condición a la cual se hubiera subordinado su resolución o extinción.

2º.—La pérdida o destrucción del capital social.

3º.—La muerte de uno de los socios, puesto que la sociedad era un contrato intuitu personae, o sea, fundado en la confianza recíproca que los socios se dispensaban. Sin embargo los contratantes podían convenir que la sociedad subsistiera entre los sobrevivientes, pero no con los herederos del socio que falleciera, puesto que no los conocían y no podían obligarse con personas inciertas, dado el carácter señalado. Constituía una excepción el caso de las societates vectigalium.

4º.—Cualquier otro acontecimiento que fuera equivalente a la muerte de un socio, como sería su capitis deminutio máxima o media, la confiscación de sus bienes y la venta de su patrimonio (bonorum venditio) como consecuencia de su insolvencia, etc.

5º.—El mutuo disentimiento, como en todos los contratos consensuales.

6º.—La renuncia de uno de los socios, que equivalía a su muerte. Pero, esta renuncia para ser válida debía reunir dos requisitos: no ser fraudulenta y no ser intempestiva.

Una renuncia sería fraudulenta si era realizada en el momento de la obtención de un beneficio, para aprovecharlo solo, en perjuicio del derecho de los demás socios; y sería intempestiva, la realizada en un momento que causara perjuicio a la sociedad.

Una renuncia realizada en estas condiciones colocaba al socio que la hacía en la situación siguiente: en lo sucesivo, sus socios quedaban libres frente a él, que sin embargo quedaba obligado a hacerlos partícipes de todos los beneficios que él obtuviera y a contribuir en las pérdidas de la sociedad.

7º.—Finalmente, es necesario agregar como causa de extinción o disolución de la sociedad, en las sociedades unius rei, la realización de la operación para la cual fue constituída.

La disolución de la sociedad ponía término a las operaciones sociales, pero no extinguía las obligaciones de los socios que aun no hubieran sido ejecutadas, cuyo cumplimiento podía ser exigido por la acción pro-socio; pero esta acción era insuficiente para hacer efectivas las obligaciones de los socios cuando como consecuencia de la sociedad se había creado un estado de indivisión, del cual fuera necesario salir. Por eso en tales casos y siempre que la partición no pudiera hacerse amigablemente, se autorizaba a cada socio para intentar contra los demás la acción communi dividundo, que no nacía de la sociedad, sino de la indivisión, y que tenía por objeto la partición de los bienes comunes cualquiera que fuera el origen de la comunidad.

Cada una de las dos acciones tiene su dominio propio. Si se trata de obligaciones nacidas fuera de las cosas indivisas, el socio puede ejercitar la acción pro-socio. Si se quiere obtener la partición no tiene otro recurso sino la acción communi dividundo. Pero si quiere hacer ejecutar una obligación nacida con ocasión de una cosa común tiene, para obligar a su coasociado, la acción pro-socio o la acción communi dividundo, sólo que no puede ejercitar más que una. Sin embargo, si ha intentado la acción communi dividundo y le es más ventajosa la acción pro-socio, puede ejercitarla también, pero sólo para obtener el exceso.

TEMA XLVI

EL MANDATO — ELEMENTOS ESENCIALES — DIFERENTES ESPECIES — EFECTOS — RELACIONES CON LOS TERCEROS — ACCIONES — EXTINCION.

El mandato era un contrato consensual en virtud del cual una persona denominada mandatario se obligaba gratuitamente con otra, llamada mandante, a prestarle un servicio o a ocuparse de la gestión total de su patrimonio.

Este contrato era de gran utilidad, ya que permitía a una persona que estuviera físicamente impedida o ausente de un determinado lugar, realizar los actos que fueran necesarios a la administración de sus bienes; además de que le permitía extender el radio de acción de su actividad jurídica, ya que podía estar personalmente en un lugar y en otro estar su mandatario.

ELEMENTOS ESENCIALES DEL MANDATO

Para que se formara el contrato de mandato debían darse las siguientes condiciones:

a) El consentimiento de las partes;

b) Que el objeto fuera lícito;

c) Que fuera gratuito; y,

d) Que exista interés por parte del mandante.

1º) El consentimiento de las partes era un requisito indispensable por ser este contrato consensual, consentimiento este que podía manifestarse en forma expresa, como sería en forma oral o escrita, por carta o por mensajero; así como también tácitamente, como ocurriría si una persona tenía conocimiento de que otra realizaba un acto por él y no se oponía a ello.

2º) El objeto debía ser lícito, pues de lo contrario el contrato sería nulo. La persona que por mandato de otra hubiera cometido un delito o ejecutado un acto contrario a las buenas costumbres no tendría acción para obligar al mandante a indemnizarlo por las condenas que contra él se hubieran pronunciado.

3º) Que fuera gratuito, o sea que no hubiera remuneración alguna para el mandatario ya que él sólo prestaba un servicio al mandante, en forma gratuita.

Si una persona se obligara a prestar a otra un servicio mediante una retribución no habría en realidad un mandato, sino un arrendamiento de servicios si la remuneración consistía en dinero, o un contrato innominado si la remuneración consistía en una cosa diferente al dinero.

Sin embargo, en el caso de los servicios prestados por personas que ejercían profesiones liberales, se llegó a admitir que aun considerando a quienes prestaban estos servicios como mandatarios, pudieran cobrar una retribución a la cual se llamó "honorarium", que sólo podía ser exigida mediante una "cognitio extraordinaria". Esto ha sido considerado por algunos comentaristas, como una excepción al principio de la gratuidad del mandato; y por otros, como que en tal situación no existe mandato sino un arrendamiento de servicios.

4º) Que exista interés por parte del mandante, pues era un principio general en materia de obligaciones, que estas debían procurar al acreedor una ventaja cualquiera, porque sin interés no hay acción; de manera que el mandato dado sólo en interés de un tercero, no era obligatorio aun cuando el mandante y el mandatario se hubieran puesto de acuerdo para concluirlo, y ni el mandante, ni el tercero interesado podían perseguir su ejecución. Sin embargo, tal mandato se hacía obligatorio cuando el mandatario hubiera comenzado voluntariamente su ejecución, porque entonces aparecía el interés del mandante que se hacía responsable frente al tercero en cuyos negocios se había inmiscuido.

Por existir interés por parte del mandante, el mandato podía ser dado en el derecho romano, en los siguientes casos:

a) En interés del mandante, como el que éste otorgara para la administración de sus bienes.

b) En interés del mandante y de un tercero, como el mandato de administrar un negocio que tuviera el mandante en comunidad con otra persona.

c) En interés del mandante y del mandatario, como en el caso de que un fiador perseguido por el acreedor, le diera a éste mandato de perseguir al deudor principal por su cuenta y riesgo.

d) En interés exclusivo de un tercero, como si el mandante encargara al mandatario de la administración de los negocios de otro.

e) En interés del mandatario y de un tercero, como sería el caso del "mandatum pecuniae credendae", en el cual el mandante encargaba al mandatario que prestase a interés una suma de dinero a una tercera persona. Esta operación interesaba al mandatario que encontraba una colocación ventajosa para su dinero, y al tercero que conseguía el crédito que necesitaba.

No podía ser dado el mandato en interés exclusivo del mandatario, porque en este caso no constituiría más que un simple consejo que no tendría nada de obligatorio, como ocurriría en el caso del que mandara a otro a colocar su dinero a interés en lugar de emplearlo en la compra de inmuebles, o la inversa.

DIFERENTES ESPECIES DE MANDATO

De acuerdo con los poderes que el mandante confiriera al mandatario, podía ser el mandato especial o general.

El mandato especial era dado por el mandante cuando encomendaba al mandatario la realización de uno o varios actos determinados.

El mandato general era el que tenía por objeto la administración global del patrimonio del mandante, la gestión del conjunto de los negocios de éste; y, en consecuencia, el mandatario podía realizar todos los actos de administración del patrimonio de aquél. Pero, por regla general, y a menos que hubiera sido expresamente autorizado, no podía enajenar los bienes del mandante, salvo los frutos u otras cosas fácilmente deteriorables.

Sin embargo, se presumía que el mandatario estaba autorizado para enajenar, si el mandante le había confiado la libre administración de sus bienes.

EFECTOS DEL MANDATO

El contrato de mandato en el derecho romano, por ser un contrato sinalagmático imperfecto, sólo producía en el momento de su formación, obligaciones para una de las partes contratantes, el mandatario, quien debía ejecutar el mandato y dar luego cuenta de su gestión al mandante; pero, eventualmente, podía producir también obligaciones para el mandante.

1º.—**Obligaciones del mandatario.** Se reducían a dos:

a) Ejecutar el mandato conforme a las instrucciones impartidas por el mandante; y,

b) Dar cuenta de su gestión al mandante.

En el cumplimiento de la primera de sus obligaciones, o sea en la de ejecutar el acto que le fue encomendado por el mandante, debe el mandatario obrar dentro de los límites que le hubiera fijado el mandante en las instrucciones que le haya impartido, pues si llegara a excederse se consideraba que no había cumplido debidamente su obligación; y se exponía a tener que pagar daños e intereses y a no poder hacerse indemnizar los desembolsos que hubiera realizado.

Los Sabinianos aplicaban esta solución rigurosa al caso en que el mandatario, encargado de comprar una cosa por un precio determinado, la hubiera adquirido por un precio superior. Para ellos el mandatario no había cumplido con el mandato, por lo cual no podía obligar al mandante a aceptarla, ni aun por el precio que éste había señalado.

Los Proculeyanos sostenían, en cambio, que el mandatario podía hacer considerar el mandato como cumplido en sus justos límites, obligando al mandante a aceptar la cosa por el precio fijado, cargando él con el excedente del precio. Esta solución fue la acogida por Justiniano.

Si por lo contrario, el mandatario hubiera adquirido la cosa por un precio menor que el fijado, tendría acción contra el mandante por ese precio porque debe entenderse que quien manda a comprar por un precio determinado, autoriza a comprar por menos cuando ello sea posible.

Tan pronto como ha sido ejecutado el mandato, el mandatario debe rendir cuenta de su gestión al mandante; y así, si se ha hecho propietario de alguna cosa, debe transferirla al mandante por mancipatio, in iure cessio o tradición, y si ha adquirido un crédito debe cederle las acciones derivadas del mismo.

En el cumplimiento de estas obligaciones, el mandatario responde de su dolo y también de su culpa, a pesar de no estar interesado en el contrato, porque el mandato supone por su origen, una confianza especial en el mandatario.

Para obligar al mandatario a cumplir con sus obligaciones tiene el mandante en su contra la "actio mandati directa", que es una acción de buena fe y que lleva como consecuencia la "tacha de infamia" para el condenado.

2º.—Obligaciones del mandante.

Debía indemnizar al mandatario por los gastos realizados y las pérdidas sufridas en la ejecución del mandato y descargarle de las obligaciones contraídas en cumplimiento del mismo, tomándolas a su cargo por medio de una novación.

En el cumplimiento de estas obligaciones el mandante era responsable de su dolo y de su culpa, porque tenía interés en el contrato.

Estas obligaciones estaban sancionadas por la "actio mandati contraria".

RELACIONES DEL MANDANTE Y DEL MANDATARIO CON LOS TERCEROS

Como el derecho romano no admitía que una persona libre y sui iuris pudiera representar a otra en la ejecución de ningún acto

jurídico, el mandatario no representaba al mandante, sino que obraba en su propio nombre, y por tanto las consecuencias de los actos que realizara en ejecución del mandato recaían sobre su persona. Por tanto era él quien se hacía propietario, deudor o acreedor; pero como en definitiva él no obraba para sí sino por cuenta del mandante, se hallaba obligado a trasmitirle los beneficios que de la ejecución del mandato hubieren resultado, hallándose el mandante a su vez obligado a descargarlo de las obligaciones que hubiere contraído.

Este procedimiento presentaba sin embargo serios inconvenientes, pues como consecuencia del mismo, el mandante no tenía acción directa contra los terceros, ni estos contra el mandante, por cuya razón se hallaban expuestos a la insolvencia del mandatario; por lo cual se hizo necesario una reforma que concediera al tercero que hubiera contratado con un mandatario, acción directa contra el mandante y también de éste contra el tercero.

La reforma procedió del derecho pretoriano. Sucedía en efecto, con bastante frecuencia, que un paterfamilias colocaba al frente de un negocio a un esclavo o a un hijo bajo su potestad, autorizándolos tácitamente para realizar los actos relativos a ese comercio. Ahora bien, el tercero que contrataba con este encargado o "institor" no tenía sino un derecho ilusorio ya que el esclavo no podía obligarse civilmente por contrato y el filiusfamilia, que podía hacerlo, no tenía patrimonio; y tampoco podían dirigirse contra el paterfamilias, porque este no podía ser obligado por un "alieni iuris". Teniendo en cuenta estas circunstancias y considerando que el paterfamilias había autorizado tácitamente estos actos, decidió el pretor que los terceros que hubieran contratado con el "institor" pudieran dirigirse contra el paterfamilias por la acción "institoria".

Esta solución se extendió más tarde al caso en que el paterfamilias hubiera colocado al frente del comercio a un hombre libre y sui iuris, y por último Papiniano consideró que debía aplicarse en todos los casos de mandato, permitiendo al tercero que había contratado con el mandatario, actuar contra el mandante por medio de la acción "institoria utilis" o "quasi institoria".

Pero, si el tercero se había hecho deudor, no podía ser perseguido por el mandante, sino previa cesión de las acciones por par-

te del mandatario al mandante; por eso fue necesario que, como lo aconsejara Ulpiano, por considerarlo equitativo, tal cesión se tuviera por realizada "ipso iure" y se permitiera al mandante ejercer "utilitatis causa" contra el tercero, la acción nacida del contrato. La inserción del texto de Ulpiano en el Digesto de Justiniano debe considerarse como prueba de que su doctrina fue la que se impuso en esta época.

EXTINCION DEL MANDATO

Las causas que pueden dar lugar a la extinción del mandato, son las siguientes:

1º.—La realización de la gestión encomendada al mandatario, o sea el cumplimiento del mandato.

2º.—El mutuo disentimiento, que es causa común a todos los contratos consensuales.

3º.—La voluntad del mandante, que tenía el derecho de revocar el mandato cuando lo deseara, aunque con la obligación de indemnizar al mandatario los perjuicios que le ocasionare.

4º.—La voluntad del mandatario, que podía renunciar a cumplir el mandato, siempre que de ello no resultare ningún daño para el mandante.

5º.—La muerte de una de las partes, pues como el mandato supone una confianza personal, no podía continuar el contrato entre una parte y los herederos de la otra. Sin embargo eran válidos los actos que realizara el mandatario ignorando la muerte del mandante; y, a su vez, los herederos del mandatario quedaban obligados a notificar oportunamente su muerte al mandante y a realizar cualquier gestión indispensable a los intereses del mandante.

TEMA XLVII

CONTRATOS INNOMINADOS — DESARROLLO HISTORICO — ELEMENTOS ESENCIALES — PRINCIPALES CONTRATOS INNOMINADOS — LOS PACTOS — SUS CLASES — PACTOS AGREGADOS A UN CONTRATO — PACTOS PRETORIANOS — PACTOS LEGITIMOS.

Aparte de las cuatro clases de contratos estudiados (reales, verbales, literales y consensuales), el derecho civil romano, con el transcurso del tiempo, terminó por admitir la fuerza obligatoria de otras convenciones, bien porque una de las partes hubiera ejecutado lo prometido como ocurrió con los llamados contratos innominados, bien porque se hallaran unidas a un contrato como sucedió con los pacta adiecta, o bien por decisión de los pretores o de los emperadores como aconteció con los pactos pretorianos y los pactos legítimos.

CONTRATOS INNOMINADOS

Se ha definido el contrato innominado como una convención sinalagmática que se hace obligatoria, transformándose en contrato, cuando una de las partes ha ejecutado su prestación.

Un ejemplo de contrato innominado sería el siguiente: Dos personas han convenido en que una le cederá a la otra un esclavo para recibir a cambio un caballo. Mientras no haya sino esta convención no habrá obligación alguna; pero si una de las partes ejecuta lo prometido, enriquece a la otra, y desde entonces se hace equitativo que la que ha recibido la prestación esté civilmente obligada a cumplir a su vez su promesa. Hay algo análogo a un contrato real, y la prestación realizada por una de las partes se convierte para la otra en una causa suficiente de obligación. El derecho civil llegó en este caso a sancionar la convención y a conceder a la parte que ha ejecutado su prestación una acción para obligar a la otra a cumplir con lo que había prometido. Fue así como nacieron estos nuevos contratos que los jurisconsultos deno-

minaron "contractus incerti" o "negotia nova" y que los comentaristas han llamado "contratos innominados", porque no encajan en ninguna de las cuatro clases de cotratos que habían recibido un nombre particular.

Estas prestaciones y contraprestaciones que pueden consistir en un "dare" o en un "facere" dieron origen a la clasificación hecha por el jurista Paulo quien las agrupó en la siguiente forma:

"do ut des" (doy para que des)
"do ut facias" (doy para que hagas)
"facio ut des" (hago para que des)
"facio ut facias" (hago para que hagas).

La teoría de los contratos innominados, propuesta a principios del imperio, era aceptada hacia el fin de la época clásica, pero quedó definitivamente consagrada en el derecho justinianeo. Los fragmentos de los jurisconsultos insertos en el Digesto de Justiniano muestran la huella de las diferencias de opiniones de estos y Gayo en sus Institutas no hace mención de estos contratos; por ello se hace necesario exponer aunque someramente el desarrollo histórico de los mismos.

DESARROLLO HISTORICO DE LOS CONTRATOS INNOMINADOS

Si una persona ha ejecutado voluntariamente su prestación, para dar así cumplimiento a lo que había prometido en una convención sinalagmática no sancionada, de qué recurso podía valerse para que la otra parte no se enriqueciera a su costa? Dos serían las soluciones posibles: a) obligar a la otra parte a suministrar lo prometido por ella, lo cual representaría reconocer la fuerza obligatoria de la convención, o sea admitir la idea del contrato; o, b) dar a la parte que ha ejecutado voluntariamente su prestación un medio de ser indemnizada, lo que equivalía a negar efecto a la convención, o sea a rechazar la idea de toda relación contractual entre las partes. Esta segunda solución fue la única que admitió el derecho romano durante mucho tiempo, la cual era aplicada en la siguiente forma:

Había que distinguir si la prestación efectuada había consistido en un "dare" o en un "facere".

Si la prestación había consistido en un "dare", el que la había realizado estaba autorizado a recobrar lo que había dado, ejerciendo la "condictio ob rem dati" o "condictio causa data causa non secuta". Esta condictio no es sino una variedad de la "condictio sine causa", tiene por base la equidad y se funda sobre el hecho de que la propiedad de una cosa ha sido transferida por una causa que ha dejado de existir y debe ser por tanto restituida.

Si la prestación había consistido en un "facere", la parte que la ha ejecutado no puede ejercer la "condictio ob rem dati", pues la idea de restitución es inaplicable a un hecho realizado, por lo cual quedaba desprovista de otro recurso; sin embargo, hacia fines de la República, la "actio doli" vino a proporcionarle uno, pero esta acción era demasiado rigurosa e insuficiente, pues por una parte traía como consecuencia una tacha de infamia y por otra parte era anual y fundada en el dolo del demandado.

A comienzos del Imperio, algunos jurisconsultos propusieron una solución más lógica y equitativa. Consideraron la ejecución voluntaria del convenio por una de las partes como causa suficiente para obligar civilmente a la otra parte. Desde entonces la convención así ejecutada por una de las partes, se convirtió en contrato.

Parece que fue el jurisconsulto Aristón, en la época del emperador Trajano, quien definió con más autoridad la teoría del contrato innominado, pero esta doctrina no tuvo aceptación unánime. El mismo Aristón no la proponía sino para los negocios "do ut des" y "do ut facias", sin duda porque la dación ejecutada en estos casos presentaba analogía con la del mutuo y no era apartarse mucho de las reglas del derecho civil el admitir que había contrato. Pero, para los negocios "facio ut des" y "facio ut facias" faltaba esa analogía, por lo cual los jurisconsultos se mostraron rebeldes a admitir que estas operaciones fueran tratadas como las otras. Cedieron primero para los negocios "facio ut facias", pero la resistencia duraba todavía a principios del siglo III para los negecios "facio ut des". Paulo se niega a admitir en esta hipótesis la idea de contrato, y no da como recurso al autor del hecho más que la acción de dolo. Sin embargo, la teoría de los contratos innominados debía triunfar, aun para los negocios "facio ut des". Ulpiano la aceptó y el emperador Alejandro Severo la consagró por un rescripto.

Mientras los jurisconsultos estaban en desacuerdo sobre el principio mismo de los contratos innominados, se dividían también las opiniones sobre la acción que convenía conceder al acreedor en los casos en que se entendían para sancionarlos. Unos, los Proculeyanos, le daban una acción nueva propuesta por Labeón, llamada por los textos "actio civilis incerti" o "praescriptis verbis"; en tanto que otros, los Sabinianos, la rechazaban, y para dar satisfacción al acreedor trataban de asimilar la operación a un contrato nominado y le ofrecían la acción de este contrato; y es así como querían tratar el cambio o permuta, como una venta. En general, ofrecían al acreedor una acción "in factum". La solución de Labeón terminó por prevalecer pues, para contratos nuevos era lógico tener una acción nueva.

Es así, como a finales del siglo III de nuestra era, la teoría de los contratos innominados se encuentra generalizada y estos contratos son sancionados por la acción "praescriptis verbis".

En la época de Justiniano el que era acreedor en virtud de un contrato innominado disponía de las siguientes acciones:

a) De la "actio praescriptis verbis", por medio de la cual podía solicitar la ejecución del contrato, constriñendo a la otra parte al cumplimiento de la contraprestación.

b) De la "condictio ob rem dati" o "condictio causa data causa non secuta", para obtener la repetición de lo entregado en caso de no lograrse la contraprestación prometida por la otra parte; condictio que Justiniano restringió a los casos en los cuales el incumplimiento de la contraprestación le fuere imputable al deudor.

c) La "condictio ex poenitentia", por la cual el que había cumplido con su prestación podía, antes de que la contraparte hubiera dado cumplimiento a su obligación y sin haber incurrido en culpa ni en mora, arrepentirse de la prestación realizada y exigir la devolución de ésta o de su equivalente pecuniario.

ELEMENTOS DEL CONTRATO INNOMINADO

Aparte de los elementos esenciales a todos los contratos: consentimiento, objeto y causa, los contratos innominados requieren

para su perfeccionamiento, otros dos elementos que le son específicos, que son:

a) Una convención sinalagmática, es decir un convenio destinado a crear obligaciones recíprocas; y,

b) El cumplimiento de una prestación a cargo de una de las partes, pues mientras ésta no tuviera lugar, las partes podían desligarse impunemente de la convención.

Esta circunstancia hace pensar que el contrato innominado sea un contrato unilateral y que no crea obligación civil sino a cargo de la parte que no ha ejecutado su prestación; pero en realidad no es así, sino que es un contrato sinalagmático, pues la parte que ha ejecutado la convención, que ha dado una causa a la obligación de la otra parte, no está libre en lo sucesivo de toda obligación. Por ejemplo, en el negocio "do ut des", es decir, en el cambio o permuta, el primero que ha hecho la dación se encuentra en una situación similar a la de un vendedor y por consiguiente está obligado a la garantía de la evicción y de los vicios o defectos ocultos de la cosa, e igual ocurre con la otra parte. Hay pues obligaciones a cargo de las dos partes que desempeñan el mismo papel. Igual sucede con los demás contratos innominados, pues se aproximan casi todos a la venta o a un doble mandato.

PRINCIPALES CONTRATOS INNOMINADOS

Los contratos innominados más importantes son: el aestimatum y el cambio o permuta, que datan del derecho clásico, y el precario que se originó en el derecho de Justiniano.

1º.—**El aestimatum** o estimación, es el contrato por el cual una persona entrega a otra una cosa, cuyo precio estima, para que la venda y le entregue el precio fijado, o se la devuelva intacta si no ha podido venderla.

Este contrato que es conocido en el derecho moderno con el nombre de consignación o comisión, se perfeccionaba con la entrega de la cosa por parte del comitente al comisionista, pero la propiedad de la cosa sólo se trasmitía al comisionista cuando pagaba el precio producto de la venta.

Si el comisionista vende la cosa por un precio superior al estimado, le pertenece la diferencia resultante entre el precio estimado y el precio de venta; pero si la vende por un precio inferior, debe pagar el precio estimado.

Los riesgos por pérdida o deterioro que pueda sufrir la cosa, corren a cargo del comisionista, pues el contrato se había concluido en su interés y beneficio.

Fue para este contrato, que no era precisamente una venta, ni un arrendamiento de obra, ni un mandato, que se creó la "actio praescriptis verbis", que se extendió luego a los demás contratos innominados, y que en este caso recibió el nombre de "actio aestimatoria".

2º.—**El cambio o permuta,** es un contrato por el cual una persona trasmite a otra la propiedad de una cosa, obligándose ésta a trasmitirle a su vez, a la primera, la propiedad de una cosa diferente.

Este contrato ofrece notables analogías con la venta del cual difiere, sin embargo, por varios conceptos:

a) La venta era un contrato consensual, que se perfeccionaba por el solo consentimiento de las partes; por el contrario, el cambio o permuta era un contrato innominado que sólo quedaba concluido cuando una de las partes hubiera ejecutado su prestación.

b) En la venta el vendedor procura al comprador la posesión pacífica y duradera de la cosa vendida y el comprador transfiere al vendedor la propiedad del precio; en tanto que, en el cambio o permuta cada una de las partes estaba obligada a transferir a la otra la propiedad de la cosa, objeto de su prestación.

c) En la venta el vendedor no tenía contra el comprador para obligarlo a pagar el precio, sino la "actio venditi"; en el cambio o permuta, la parte que hubiera cumplido su prestación tenía, a su elección dos acciones: la "condictio causa data causa non secuta" para resolver el contrato haciéndose devolver la cosa entregada, o la "actio praescriptis verbis", para obligar a la otra parte a cumplir su prestación.

d) Por último, eran aplicables al cambio o permuta ciertas reglas propias de la venta, como las que se refieren a la responsabilidad por los "vicios redhibitorios", pero no otras, como la relativa a la "rescisión por lesión de ultramitad".

3º.—**El precarium** o precario, es el contrato por el cual una persona concede a otra, la posesión gratuita de una cosa corporal o incorporal determinada para que se sirva de ella, con la obligación de restituirla al primer requerimiento.

Al principio este contrato estuvo sancionado por el "interdicto de precario" y por la acción "reivindicatoria" si quien hubiera entregado la cosa en precario fuera su propietario. Posteriormente se le consideró como un contrato innominado, aplicándosele por lo tanto la "actio praescriptis verbis".

El precario ofrece grandes analogías con el comodato, pues, al igual que éste tiene por objeto conceder a una persona el uso y goce gratuito de una cosa de otro. Sin embargo, se diferencia de él por lo siguiente:

a) En el comodato hay un término fijado para la restitución de la cosa y ésta no puede ser exigida antes de su vencimiento, en el precario la restitución puede ser solicitada en cualquier momento.

b) El comodatorio es responsable de su culpa leve, el precarista sólo es responsable de su dolo y de su culpa grave.

c) El comodatorio sólo posee la tenencia o detentación de la cosa, mientras que el precarista tiene la posesión de la cosa y dispone por lo tanto de los "interdictos posesorios" para la protección de su derecho.

d) El comodato sólo puede tener por objeto cosas corporales; el precario puede tener por objeto tanto cosas corporales como incorporales. Era frecuente dar en precario las servidumbres.

En la práctica el precario tenía aplicación en los dos casos siguientes:

1) En la prenda, en la cual el acreedor prendario podía de-

iar al deudor, a título de precario, la cosa que hubiera sido constituida en prenda.

2) En la venta a término, pues el vendedor podía hacer tradición de la cosa al comprador a título precario, conviniendo con éste, que él permanecería como propietario de ella y con derecho a su restitución hasta que el precio le fuera pagado.

El precario se extinguía con la muerte del precarista.

LOS PACTOS.—SUS CLASES

Se denominaba pactos a los simples acuerdos de voluntades entre dos o más personas que no han sido sancionados por el derecho civil romano y por tanto no entraban en la categoría de los contratos.

Se distinguieron dos clases de pactos: los "aislados" y los "agregados a un contrato".

Pactos aislados eran aquellos que no tenían ninguna relación de dependencia con los contratos sancionados por el derecho civil y, como desde el punto de vista de sus efectos no engendraban obligaciones civiles, por aplicación del principio de que los simples pactos no engendraban obligaciones, se les denominó "pactos desnudos", es decir, desprovistos de acción. Sin embargo engendraban obligaciones naturales, y por ello si una persona prometía por un simple pacto dar a otra una cosa, y la entregaba, no podía luego exigir su repetición.

Este principio de que los simples pactos aislados no engendraban obligaciones civiles (nuda pacta obligationem non parit) sufrió hasta la época de Justiniano diversas derogaciones, por parte de los pretores en sus edictos y de los emperadores en sus constituciones imperiales, al conceder fuerza obligatoria a ciertos pactos los cuales llevaron respectivamente los nombres de: "pactos pretorianos" y de "pactos legítimos"; que por oposición a los pactos desnudos o "nuda pacta", se los denominó pactos vestidos o "pacta vestita".

En lo que respecta a los pactos unidos a un contrato para completarlo o modificar sus efectos, llamados "pacta adiecta", fueron tratados menos rigurosamente que los aislados, de modo que

hacia fines de la República se admitió que si eran lícitos, serían sancionados como el mismo contrato a que estaban unidos.

Podían estar unidos a los contratos de dos maneras: "in continenti", es decir, concluidos al mismo tiempo que el contrato, y "ex intervallo", es decir, celebrados con posterioridad a la conclusión del contrato, cualquiera que fuera la duración del intervalo transcurrido.

Los pactos realizados "in continenti" se consideraban como formando parte del contrato a que se hallaban agregados y sancionados lo mismo que aquel. Los concluidos "ex intervallo", se consideraban como un nuevo contrato por lo cual para ser sancionados requerían, salvo algunas excepciones, las formas de un contrato.

Los pactos agregados "in continenti" a un contrato de buena fe se consideraban como formando un solo cuerpo con el contrato, de lo cual se desprende que si tenían por finalidad hacer más onerosa la obligación, como el pacto de intereses, estaban sancionados por la acción misma del contrato; y si eran hechos para reducir la obligación, como la concesión al deudor del derecho de fraccionar el pago, la disminuía de pleno derecho. En tanto que los agregados "ex intervallo" para hacerlo más oneroso, no tenían sino el valor de un simple pacto aislado, por lo cual no daban lugar a acción; en cambio los realizados para reducir la obligación podían ser opuestos por el demandado como excepciones.

Sin embargo, tratándose de contratos consensuales, un pacto concluido "ex intervallo" era obligatorio y estaba sancionado por la acción misma del contrato, cuando no habiendo sido aun ejecutado el contrato primitivo, podía considerarse el pacto como destinado a reemplazar a aquel contrato.

En los contratos de derecho estricto, los pactos que le eran agregados "in continenti", fueron considerados durante mucho tiempo como simples pactos aislados que no daban lugar a acción; pero esta solución se modificó más tarde para los casos de estipulación y de mutuo, estableciéndose que en materia de estipulación el pacto que se le agregara "in continenti" se considerara como parte integrante de la misma y con igual obligatoriedad; y en cuanto al mutuo se admitió la obligatoriedad en todos los casos menos en el del pacto de intereses agregado a un mutuo de dinero, que no era obliga-

torio. En cuanto a los pactos agregados "ex intervallo", no tenían más valor que el de un pacto aislado, y sólo podían dar lugar a una excepción cuando se hacían en beneficio del deudor.

PACTOS PRETORIANOS

Se consideró como pactos pretorianos a aquellos pactos que están provistos de una acción "in factum" por parte del pretor. Los principales fueron: el de juramento, el de constituto, los recepta y el de hipoteca. Nos referiremos a los tres primeros, por haber ya tratado del de hipoteca en el TEMA XXXI, Volumen I, pág. 370 de estas Lecciones.

1º.—**Juramento.** Era un pacto por medio del cual dos personas entre las cuales existiera una relación de derecho controvertida convinieran para definirla, en que una de ellas se remitiría al juramento de la otra.

La controversia podía versar sobre un derecho de crédito o sobre cualquiera otra relación jurídica; y el juramento debía ser voluntario, y no necesario, que era el juramento judicial, ya que el que nos interesa es el que deriva de una convención libremente concluida entre los interesados. Supone dos personas que sin hallarse en litigio tienen entre sí una diferencia que convienen en liquidar por el juramento de una de ellas.

Si era el acreedor quien a invitación del deudor, juraba que éste le debía, tenía contra él la acción del juramento, o sea la "actio iurisiurandi", para obligarle a pagar la deuda.

Si era el deudor quien a invitación del acreedor, juraba que nada le debía, podía luego oponer contra éste la excepción de juramento, o sea la "exceptio iurisiurandi", para rechazar su acción.

2º.—**Constituto.** Era un pacto por el cual una persona se comprometía a pagar a otra una deuda preexistente en un día determinado.

Se distinguieron en el derecho romano dos variedades de constituto: el "constituto proprii debiti", concluido con el acreedor por el mismo deudor para su propia deuda y que tenía por objeto adelantar o retardar la época del pago o transformar una obligación

natural en obligación civil; y el "constituto alieni debiti", celebrado con el acreedor por un tercero, que garantizaba así una deuda ajena, convirtiéndose por lo tanto en un fiador.

Tanto en uno como en otro caso, la sanción que correspondía era la acción "pecuniae constitutae" o "constitutoria", que suponía la concurrencia de los siguientes elementos:

a) Una obligación preexistente, que podía ser incluso una obligación natural.

b) Una convención fijando su vencimiento en una época determinada o su cumplimiento en un lugar distinto del que originariamente se hubiera convenido.

c) Que la obligación tuviera por objeto una suma de dinero o cosas fungibles, de acuerdo con la extensión admitida por el derecho clásico.

Justiniano decidió como consecuencia de la fusión del constituto con el "receptum" que pudiera recaer sobre todo lo que pueda ser objeto de una estipulación.

Esta acción fue creada, más que con el propósito de sancionar una convención, con el de castigar una falta a la fe empeñada, ya que se trataba de imponer un castigo a quien siendo ya deudor de una suma de dinero a cuyo pago podía ser obligado por la "condictio certae creditae pecuniae" se comprometía, para obtener un plazo, a pagarla en un día determinado, y no la cumplía una vez vencido el nuevo plazo.

Este carácter penal que originalmente había tenido la acción "pecuniae constitutae", explicaría que fuera en algunos casos anual e intrasmisible y que el pacto pudiera ir acompañado de una "sponsio dimidiae partis", o sea una promesa por medio de la cual el vencido en el juicio se obligara a pagar, en concepto de multa, una pena igual a la mitad del importe de la deuda. La primera de las características indicadas, fue eliminada por Justiniano, quien decidió que la acción fuera en todos los casos: perpetua y trasmisible.

3º.—**Recepta.** Bajo esta denominación agrupa el pretor tres

combinaciones, entre las cuales había más semejanza de palabras que una verdadera similitud jurídica. Son las siguientes:

a) **Receptum argentarii**, que era la convención por medio de la cual un banquero se obligaba a pagar una suma de dinero por cuenta de su cliente. Se distinguía del constituto porque se aplicaba sólo a las relaciones de los banqueros con sus clientes, porque no requería una deuda preexistente y porque se aplicaba siempre a la deuda de otro.

b) **Receptum arbitrii**, que era la convención por medio de la cual una persona se obligaba a servir de árbitro con motivo de una controversia existente entre otras dos personas.

En Roma nadie estaba obligado a aceptar el cargo de árbitro, pero el que voluntariamente había consentido en ello, no podia luego negarse a pronunciar su laudo arbitral, y en caso de que rehusare, el pretor podía constreñirlo a hacerlo, procediendo no por medio de una acción sino por vía administrativa, imponiendo una multa al árbitro que faltase a su palabra.

c) **Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum**, o de los armadores de buques, hoteleros o posaderos, dueños de establos, que aceptaban la responsabilidad por los objetos depositados en sus buques, hoteles, etc.

En efecto en el derecho romano, el armador de un navío, el hotelero, etc., que aceptaba los efectos o mercaderías que un viajero le confiaba, no era, según el derecho común responsable más que de su culpa; pero podía, en virtud del pacto obligarse a restituirlas intactas, siendo entonces responsable del hurto de las mismas y de cualquier otro daño sobrevenido, aun sin su culpa. Este pacto fue sancionado por el pretor por medio de una acción "in factum", reipersecutoria, perpetua e intrasmisible.

PACTOS LEGITIMOS

Los pactos legítimos fueron los sancionados por el derecho imperial, ya que fueron provistos de acción por los emperadores en sus constituciones imperiales.

Figuraban entre los principales: el pacto de donación, al que

Justiniano declaró obligatorio en el año 530; la convención de dote, sancionada por Teodosio II en el año 528; y el pacto de compromiso, sancionado también por **Justiniano.**

El **pacto de compromiso,** que constituía la convención previa al receptum arbitrii o pacto de arbitraje, era aquel por medio del cual dos personas se obligaban a confiar la decisión de una diferencia a uno o más árbitros elegidos de común acuerdo.

Las partes se obligaban pues, a prestar su concurso para el desempeño de la misión por parte del árbitro y a someterse a su decisión.

Al principio, la convención debía ser confirmada por estipulaciones recíprocas, por las que las partes prometían una suma de dinero, a título de pena, para el caso de inejecución de su obligación. Estas estipulaciones dejan de ser necesarias en la época de Justiniano, en que el laudo arbitral es obligatorio para las partes cuando ellas lo han firmado o han dejado pasar un plazo de diez días sin atacarlo.

El pacto de compromiso, por otra parte, podía tener por objeto toda clase de cuestiones, con tal de que no se refiriera al orden público o al estado de las personas.

TEMA XLVIII

OBLIGACIONES NACIDAS COMO DE UN CONTRATO — GESTION DE NEGOCIOS — TUTELA Y CURATELA — INDIVISION — VECINDAD — ADQUISICION DE HERENCIA — ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA — PAGO DE LO INDEBIDO — OTROS ENRIQUECIMIENTOS INJUSTIFICADOS — LEX RHODIA DE IACTU.

Las obligaciones nacidas como de un contrato, "quasi ex contractu", que los intérpretes han denominado cuasi-contratos, constituyen todos aquellos hechos generadores de obligaciones, que sin ser contratos, producen efectos análogos a los de estos.

Las Institutas de Justiniano señalan como obligaciones nacidas quasi ex contractu, las que derivan de la gestión de negocios, de la tutela, de la indivisión, de la aceptación de una herencia, del pago de lo indebido, etc., a las cuales los intérpretes han añadido por vía análoga, a las derivadas de la tutela las nacidas de la curatela, a las de la indivisión las que derivan de la vecindad de dos inmuebles y a las nacidas del pago de lo indebido las que resultaren de cualquier otro enriquecimiento injustificado.

GESTION DE NEGOCIOS

Hay gestión de negocios cuando una persona administra voluntariamente los negocios ajenos, sin habérselo encargado.

Resulta de esto una relación obligatoria análoga al mandato, ya que en virtud de ello el gestor (negotiorum gestor) está obligado a rendir cuentas de su gestión al dueño, quien a su vez puede resultar obligado a indemnizar al primero de los gastos realizados en su favor; determinándose la medida de esta indemnización por el importe del beneficio obtenido por el dueño.

Para que hubiera gestión de negocios era necesario que se dieran las siguientes condiciones:

a) Un acto de gestión, que podía consistir en un acto material como la extinción de un incendio o la reparación de una pared; o en un acto jurídico, como si una persona pagara una deuda de otra que se hallaba ausente, para evitar la ejecución por parte del acreedor.

b) Un elemento intencional, que consistía en la necesidad de que el gestor hubiera obrado con el propósito de beneficiar al dueño y de que se le indemnizara por los gastos efectuados. Si hubiera actuado sólo con el propósito de beneficiarse él, como ocurriría con el poseedor de buena fe de un inmueble ajeno que efectuara reparaciones en el mismo, no había gestión, como tampoco la había si faltaba en él el propósito de hacerse indemnizar por los gastos realizados en favor del dueño, pues en este caso se juzgaba que le había hecho una liberalidad o que se había limitado a cumplir un deber de familia.

c) Que el gestor actuara expontáneamente, o sea por propia iniciativa y que el dueño ignorase la gestión; pues si el dueño se lo había encargado había mandato expreso, y mandato tácito si conocía la gestión y no se oponía.

Efectos. Al igual que el mandato, que era un contrato sinalagmático imperfecto, la gestión de negocio originaba obligaciones a cargo del gestor y eventualmente podía engendrarlas para el dueño.

1º.—**Obligaciones del gestor.** El gestor debía concluir el negocio emprendido y dar cuenta al dueño de su gestión; pues, a semejanza de lo que ocurría en el mandato con el mandatario, en la gestión de negocios las consecuencias de los actos realizados por el gestor con los terceros recaían directamente sobre su persona, por lo cual debía ceder al dueño todos los derechos y acciones adquiridos como resultado de su gestión.

Debía además el gestor observar en el cumplimiento de sus obligaciones la diligencia de un buen padre de familia respondiendo por tanto no sólo de su dolo sino de su culpa y aun del caso fortuito, si hubiera emprendido negocios que el dueño no acostumbraba normalmente realizar.

El dueño podía obligar al gestor al cumplimiento de sus obligaciones por medio de la "actio negotiorum gestorum directa".

2º.—Obligaciones del dueño. El dueño está obligado a indemnizar al gestor por los gastos realizados, pero sólo si eran útiles en el momento en que se hicieron. En esto existe una diferencia con el mandato, ya que el mandante debía reembolsar al mandatario todos los gastos, utiles o no, realizados dentro de los límites del mandato, pues los había autorizado de antemano.

Y la otra obligación del dueño era la de descargar al gestor de las obligaciones contraídas con motivo de su gestión.

El cumplimiento de estas obligaciones por parte del dueño podía obtenerlas el gestor por medio de la "actio negotiorum gestorum contraria".

Diferencias entre la gestión de negocios y el mandato

En las Institutas de Justiniano se dice que las obligaciones derivadas de la gestión de negocios nacen como de un contrato y que son análogas a las que resultan de un mandato. Para decidir si es correcta o no esta afirmación se hace necesario analizar estas dos figuras jurídicas desde el punto de vista de su naturaleza y de sus efectos.

Considerado desde el punto de vista de su naturaleza el mandato es un contrato que supone un acuerdo de voluntades entre las partes, en tanto que en la gestión de negocios ese acuerdo no existe, ni siquiera tácitamente, porque si el dueño tiene conocimiento de la gestión y no se opone a ella, ya no habría gestión de negocios sino mandato tácito. No puede haber por tanto analogía entre estas dos figuras desde este punto de vista porque en una de ellas falta lo que es de la esencia de la otra: el acuerdo de voluntades.

Considerado desde el punto de vista de sus efectos, tampoco existe la analogía entre estas dos figuras jurídicas; pues, como hemos visto el dueño sólo respondía de los gastos realizados por el gestor que hubieran sido útiles en el momento de efectuarlos, mientras que el mandante es deudor de todos los gastos realizados por el mandatario dentro de los límites del mandato, sean o no útiles.

No es posible, por tanto, asimilar bajo ningún punto de vista

las obligaciones derivadas de la gestión de negocios a las que surgen del mandato, ya que el fundamento de tales obligaciones es distinto.

TUTELA Y CURATELA

Tanto la tutela como la curatela son figuras jurídicas semejantes a la gestión de negocios y producen como esta efectos semejantes a los del mandato, pero ni la obligación del tutor ni la del curador derivan de un contrato celebrado con el incapaz cuyos intereses gestionan, por eso se dice que estas obligaciones nacen "quasi ex contractu".

El tutor está obligado a rendir cuentas de su gestión en interés del pupilo, quien está obligado a su vez a indemnizarle por los gastos realizados en ejercicio de sus funciones de tutor; obligaciones que se hallan sancionadas, respectivamente, por las acciones: "tutelae directa" y "tutelae contraria".

Lo mismo ocurría con el curador de un incapaz, con la diferencia de que para este caso no se crearon acciones especiales, sino que las obligaciones respectivas fueron exigibles por las acciones: "nogotiorum gestorum directa" y "negotiorum gestorum contraria".

Todas estas obligaciones pueden considerarse en realidad, derivadas de la ley, pues la tutela y la curatela no presentan analogías con el mandato más que por sus efectos, y no es eso suficiente para pretender que nazcan como de un mandato.

INDIVISION O COMUNIDAD

Se dice que hay indivisión o comunidad, cuando una misma cosa o una universalidad de bienes, como una herencia, pertenecen a varias personas que son propietarias pro-indiviso de la misma. De ese estado de indivisión surgen para los comuneros obligaciones que Justiniano calificó en sus Institutas de nacidas "quasi ex contractu".

Las obligaciones derivadas de la indivisión, lo mismo que las que surgían de la sociedad, eran iguales para todos los comuneros,

pero no tenían la misma importancia. La principal de ellas era la de dividir, las otras eran accesorias.

La división podía ser solicitada en todo momento por cualquiera de los comuneros, pues a ninguno de ellos podía obligársele a permanecer indefinidamente en estado de indivisión; regla esta que se justifica por la libertad individual y por el interés general, pues el estado de comunidad sólo enendra discordias y pleitos.

La obligación de dividir puede ser ejecutada amistosamente, pero el simple pacto realizado entre los comuneros no era obligatorio, a menos que se la hubiere revestido de las formas de la estipulación; pero si uno de ellos ha ejecutado la convención hay contrato innominado y las otras partes están obligadas civilmente.

Cuando los comuneros no llegaban a un acuerdo respecto a la división, cualquiera de ellos podía solicitarla judicialmente por medio de la "actio communi dividundo" si se trataba de propietarios pro-indivisos de una o varias cosas determinadas, o por medio de la "actio familiae erciscundae" si se trataba de una sucesión indivisa entre coherederos.

Ambas acciones son personales y de buena fe; y el juez estaba investido de un doble poder:

a) El de hacer adjudicaciones, es decir, atribuir a la parte que lo solicitara, la propiedad exclusiva de uno o varios objetos determinados, en cuyo caso estos se recibían en la situación en que se encontraran, o sea gravados con los derechos reales que sobre ellos se hubieren constituido durante la indivisión.

b) El de condenar a cada una de las partes a realizar prestaciones personales a favor de las otras, como por ejemplo a pagar sumas de dinero a título de compensación.

Aparte de la obligación principal de dividir, podían nacer de la indivisión otras obligaciones accesorias, tales eran:

1) La obligación del comunero que ha percibido la totalidad de los frutos o productos de la cosa común, de rendir cuentas a los demás comuneros.

2) La de cada uno de los comuneros de indemnizar a los demás por los gastos necesarios o útiles realizados en interés común.

3) La de cada uno de los copropietarios de reparar el perjuicio causado a los demás por su dolo o por su culpa al gestionar los negocios comunes.

El cumplimiento de todas las obligaciones que derivan de la indivisión o comunidad podía ser exigido por las acciones: "communi dividundo" o "familiae erciscundae", de acuerdo con el origen de la comunidad.

Las obligaciones que surgen de la indivisión las asimila Justiniano a las que derivan del contrato de sociedad, pero no puede sostenerse que sea esto cierto, pues no sólo faltaría el acuerdo de voluntades destinado a crear las respectivas obligaciones sino también la "affectio societatis" característico de la sociedad.

En rigor, las obligaciones a que da lugar la indivisión derivarían unas, como la de dividir, de la ley, y otras, como la de rendir cuentas por los frutos percibidos y la de contribuir a los gastos realizados en interés común, del principio de que nadie debe enriquecerse injustamente a expensas de otro.

VECINDAD

Situación análoga a la provocada por la indivisión o comunidad era la que se producía cuando los límites de dos fundos contiguos se hallaban confundidos, ya fuera accidentalmente, ya a causa de usurpaciones cometidas por uno de los propietarios sobre el fundo vecino.

De esta situación derivaba para los vecinos la obligación que los intérpretes, asimilándola a las derivadas de la indivisión, decían nacida "quasi ex contractu", de regular los límites de sus fundos. Se hallaba sancionada por la "actio finium regundorum".

Lo mismo que las acciones de la partición (communi dividundo y familiae erciscundae), la de deslinde (finium regundorum) era una acción personal y doble, ya que en ella cada una de las partes desempeñaban a la vez el papel de demandante y de demandada.

Además lo mismo que en las otras dos acciones de partición, en la de deslinde (finium regundorum) el juez tenía la facultad de adjudicar la propiedad a una de las partes, en cuyo caso podía también pronunciar condenaciones personales a favor de la otra.

Pero, mientras se sabe positivamente que las acciones de partición son de buena fe, no se puede afirmar lo mismo de la acción de deslinde; radicando otra diferencia en que, mientras las acciones de partición se aplicaban a toda clase de bienes, la de finium regundorum sólo procedía para el deslinde de fundos rústicos.

ADQUISICION DE HERENCIA

El heredero testamentario que adquiere una herencia, de pleno derecho si es heredero necesario, o haciendo adición de la herencia si es heredero voluntario, se encuentra obligado a cumplir los legados contenidos en el testamento.

Como esta obligación no ha sido contratada con los legatarios, su obligación nace "quasi ex contractu" y es sancionada por una acción de derecho estricto, la "actio ex testamento".

El heredero está también obligado a pagar las deudas del difunto, pero su obligación respecto a los acreedores hereditarios no tiene el mismo origen, ya que como continuador de la persona del difunto está obligado para con sus acreedores con el mismo título que el difunto.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Se llama enriquecimiento sin causa o enriquecimiento injusto el aumento patrimonial que experimenta una persona a costa de otra y que no está justificada por una causa jurídica.

El enriquecimiento sin causa tiene lugar, como expresa Bonfante, cuando la causa próxima de adquisición está vinculada a una causa remota inexistente o ineficaz para el derecho.

Tal aumento patrimonial constituye para el que lo experimenta en deudor de la persona a cuyas expensas se ha producido por un importe igual al beneficio por ella obtenido, y es esta la razón de que se presenten como obligaciones nacidas "quasi ex contractu"

todas aquellas situaciones en que una persona, que experimenta un aumento patrimonial sin que se dé la causa que debería justificarlo, esté obligado a verificar determinadas devoluciones.

Es de observar, sin embargo, que en el derecho romano, no llegó a formularse el principio general de que todo enriquecimiento de una persona a expensas de otra daba lugar a un crédito de ésta contra aquella; sino que era necesario, para que esto sucediera, que concurrieran circunstancias especiales que hicieran que el enriquecimiento se considerase injusto.

El derecho romano fue otorgando a casos concretos acciones personales que no se fundaban en un contrato ni en un delito, sino en el hecho de que una persona se hubiera enriquecido, injustificadamente, a expensas de otra, y a las cuales dió nombres diferentes que hacían alusión al caso contemplado: "condictio indebiti"; "condictio ob rem data", que el derecho justinianeo llama "causa data causa non secuta"; "condictio ob turpem causam"; condictio ob iniustam causam"; "condictio sine causa".

Todas ellas, sin embargo, no constituían sino simples variantes o aplicaciones del tipo de acción personal abstracta y de derecho estricto, que se denominó la "condictio" y que surgió de la estipulación del mutuo.

En el derecho civil antiguo no se encuentra recurso alguno para evitar el enriquecimiento sin causa o indebido, sino que habrá que esperar la República y posteriormente la época clásica para que aparezca configurado por obra de la jurisprudencia, la obligación de restituir lo que una persona, sin causa justificada, hubiera adquirido. En esta época se extiende la aplicabilidad de las "condictiones" a diversas situaciones, y en la época justinianea se las define como una acción general de persecución al enriquecimiento sin causa, que podía tener lugar en diversas situaciones que originaran un aumento patrimonial en perjuicio de otra persona.

PAGO DE LO INDEBIDO

Cuando una persona paga por error lo que no debe, es justo que el que ha recibido el pago no se enriquezca a su costa, y que esté obligado a devolver lo que se le ha pagado. Esta obligación está sancionada por la "condictio indebiti", que no es sino una ac-

ción de repetición de lo indebido, al mismo tiempo que una variedad de la "condictio sine causa".

Condiciones

Para que la obligación de restituir existiera, debían concurrir las siguientes condiciones:

1º) Un pago, es decir, una prestación destinada a extinguir la obligación mediante su cumplimiento.

2º) Que ese pago fuera de lo indebido. Se entendía que se pagaba lo que no se debía en los siguientes casos:

a) Cuando la deuda que se quería extinguir con el pago no había existido nunca o había dejado de existir. Si se pagaba una obligación natural, como se pagaba lo que se debía no se podía repetir el pago.

b) Cuando la deuda aun no existía, como ocurriría si el deudor de una obligación bajo condición suspensiva pagare antes del cumplimiento de la condición, pues como sabemos hasta tanto no se cumpliera la condición no existía la obligación. No sucedía igual con las obligaciones a término, en las cuales el deudor que pagaba antes del vencimiento, pagaba lo que debía y no podía repetir el pago.

c) Cuando la acción del acreedor podía ser paralizada por una excepción perpetua. Tal es el caso del deudor que puede oponer a la acción del acreedor la excepción de dolo o la excepción de la ley Cincia (que prohibía las donaciones exageradas). Pero es distinto cuando el deudor sólo goza de una excepción temporal, en cuyo caso es tratado como un deudor a término; o cuando la excepción perpetua de que goza no tiene por objeto protegerla y procurar su liberación, sino que está destinada más bien a castigar al acreedor haciendo ineficaz su acción. Tal es la excepción del senado-consulto Macedoniano, concedida al hijo de familia que queda obligado naturalmente y por tanto si paga, está pagando lo que efectivamente debe.

d) Cuando se había pagado a una persona distinta del acreedor, como ocurriría si éste hubiera cedido su crédito y se le

pagara después de la cesión; o cuando el deudor ha pagado más de lo que debía, en cuyo caso ha pagado lo indebido por todo lo que excede del importe real de la obligación.

3º) Que el pago se hubiera realizado por error, es decir, creyéndose deudor el que lo realizó. Si el tradens pagaba lo que no debía con conocimiento de causa, es decir, sabiendo que no lo debía, no podía exigir la repetición mediante la condictio, porque se consideraba que había hecho una liberalidad al accipiens.

Igual que en materia de contratos hay que distinguir en este caso el error de hecho del de derecho, para poder establecer cuando podían invocarse en la condictio indebiti.

Si el pago había sido realizado por error de hecho, los juristas estaban de acuerdo en que podía intentarse la condictio, siempre que fuera excusable, o sea, siempre que hubiera razón suficiente para errar. Pero, si el pago había sido realizado por error de derecho, no existió perfecto acuerdo entre los juristas, no obstante lo cual puede afirmarse que lo consideraron en general inexcusable, salvo en algunas hipótesis excepcionales como aquellas en que el tradens fuera una mujer o un menor de veinticinco años.

La inexcusabilidad del error de derecho se justifica plenamente, porque la presunción de que todos conocen el derecho es una presunción indispensable para la conservación del orden social; ya que sería imposible la vida en sociedad si sus miembros pudieran realizar actos que lesionaran los derechos de otros y se les permitiera luego alegar la ignorancia de la disposición legal que los prohibe. Pero este principio no puede ser llevado al extremo de impedir que se invoque dicho error cuando con ello no se atente contra el orden público, y sobre todo cuando se trate de evitar que de esa manera se consagre una injusticia o un despojo. Es este precisamente el caso que contempla Papiniano cuando dice: "La ignorancia de derecho no aprovecha a los que quieren adquirir, pero no perjudica a los que piden lo suyo". El caso del pago de lo indebido, encuadra justamente dentro de la última parte de esta regla, ya que quien intenta la condictio indebiti no pide, en definitiva, más que lo suyo; por tanto puede alegar su error de derecho, siempre que sea excusable, ya que su situación no puede ser mejor que la de quien alega un error de hecho.

4º) Era necesario también que el accipiens al recibir el pago procediera de buena fe, pues el que de mala fe recibía un pago, es decir a sabiendas de que no se le debía, cometía un hurto, por cuyo motivo se daba contra él la condictio furtiva y no la condictio indebiti, con lo cual se hacía más rigurosa su obligación. Esta condictio furtiva podía por otra parte intentarse, aun cuando el accipiens no se hubiera valido de maniobras fraudulentas para hacerse pasar por acreedor, pues bastaba con que hubiera procedido de mala fe.

5º) Por último, se requería que la deuda que se dijera pagada por error no perteneciera a la categoría de las que implicaban una condena al duplo para el deudor en caso de negación. Tal era la obligación sancionada por la ley Aquilia y la que resultaba del legado per damnationem, pues se trataba de obligaciones en las que el acreedor gozaba de la ventaja de no poder ser constreñido a producir la prueba de su derecho, sino a cambio de una pena del doble impuesta al deudor que lo negara. Esta solución es difícil de justificar, aunque se cree que la razón de ella estriba en que: si se admitiera la repetición, el deudor podría eludir la regla y discutir el derecho sin arriesgarse a tener que pagar el doble, pagando primero y litigando después, en cuyo caso sólo se expondría a perder la suma pagada.

Ahora bien, la prueba de la concurrencia de los requisitos enunciados debía producirla, para que la condictio indebiti llegase a prosperar, la persona que la intentaba. El tradens debía por tanto, acreditar en primer lugar el pago y luego que no lo debía; pero en el derecho de Justiniano hubo dos casos en que se consideró suficiente la primera prueba y en los cuales una vez producida ésta era el accipiens quien debía probar la existencia de la deuda. Es lo que ocurría cuando el accipiens hubiera negado el pago y cuando el tradens fuera un pupilo, un menor de veinticinco años, una mujer, un militar, un agricultor o una persona inexperta en los negocios forenses.

También debía probar el tradens el error, acreditando la causa en virtud de la cual creía en la existencia de la obligación, prueba de la que resultaría si el pago fue hecho en alguna de las hipótesis excepcionales en que la repetición no procedía.

Efectos de la condictio indebiti

Si la condictio indebiti prosperaba el accipiens no estaba obli-

gado a restituir sino aquello en que se hubiese enriquecido. Esto no presentaba ninguna dificultad cuando el importe del enriquecimiento del accipiens era igual al del empobrecimiento del tradens, en cuyo caso éste podía reclamar la totalidad de la pérdida sufrida.

Pero, si el enriquecimiento logrado por el accipiens era inferior al empobrecimiento sufrido por el tradens, sólo podía éste reclamar hasta la concurrencia de aquel.

Cuando el pago hubiera consistido en la entrega de un cuerpo cierto, el accipiens debía devolverlo con todos sus accesorios, frutos, etc., pero podía hacerse reembolsar los gastos realizados. Si la cosa dada en pago hubiera sido vendida, no debía más que aquello en que se hubiera beneficiado como consecuencia de la venta.

Si hubiera tenido por objeto dinero u otras cosas fungibles o genéricas, estaba obligado a devolver otras tantas de la misma especie y calidad. No debía, en cambio, los intereses, por tratarse de una acción de derecho estricto.

Cuando por último, el pago había consistido en la realización de un hecho o en una omisión, la condictio indebiti revestía el carácter de una condictio incerti, debiendo el accipiens indemnizar al tradens hasta la concurrencia de aquello en que se hubiera enriquecido.

La obligación de restituir lo pagado indebidamente que surgiría como de un contrato, se asimila a la que nace de un contrato de mutuo; pero tal asimilación es arbitraria, ya que falta en el pago de lo indebido un requisito esencial para la existencia del contrato, es decir, el acuerdo de voluntades de las partes para crear una o varias obligaciones. Cuando el accipiens recibe del tradens lo que éste le paga por error, no entienden precisamente crear sino extinguir una obligación. Por tanto, mal puede entenderse que la obligación de restituir haya nacido quasi ex contractu.

El único aspecto bajo el cual podrían encontrarse analogías entre el mutuo y el pago de lo indebido es en sus efectos, ya que en uno y otro existe la obligación de restituir lo recibido; pero tal circunstancia no es, por sí sola, suficiente para justificar la equiparación.

OTROS ENRIQUECIMIENTOS INJUSTIFICADOS

I) **Condictio ob rem data o condictio causa data causa non secuta.** Surgió de la necesidad de proveer de sanción a los contratos innominados y tiende a impedir el enriquecimiento resultante de una prestación cumplida en vista de una causa futura que aun no se ha realizado. Así, si una persona transfería a otra la propiedad de una cosa suya para que ésta le transfiriera a su vez, la propiedad de otra cosa.

Si el accipiens no cumplía la prestación prometida, no le quedaba al tradens para evitar el enriquecimiento a sus expensas, mientras la permuta no había sido sancionada como contrato innominado, otro recurso que intentar sino la "condictio ob rem data", que en el derecho justinianeo se denominó "condictio causa data causa non secuta", para exigir la repetición de la cosa por él entregada, en las mismas condiciones que si se tratara de un pago indebido; hipótesis de la que se distinguía por no tratarse de una prestación realizada por error, sino en atención a una causa lícita futura que no se verificaba.

Debe observarse, sin embargo, que el campo de aplicación de esta condictio no se limitaba a la prestación cumplida en vista de la ejecución de una convención sinalagmática, como en los contratos innominados, sino que se extendía a cualquier otra en que se persiguiera un acto del accipiens que éste dejaba de realizar, como ocurriría si se le entregara un documento en vista de un préstamo que luego no otorgaba.

II) **Condictio ob turpem causam.** Tenía por objeto obtener la restitución del enriquecimiento resultante de una prestación cumplida en vista de una causa deshonrosa para el accipiens, o sea de una causa contraria a las buenas costumbres, como ocurriría si el accipiens se hubiera hecho pagar una suma de dinero para abstenerse de cometer un delito.

Para que fuera procedente la repetición, la causa no debía ser deshonesta también para el tradens, como ocurriría si un ladrón entregara una suma de dinero a otra persona para que no lo denunciara, pues en tal caso no podría luego reclamar el amparo de la justicia a fin de obtener la restitución, ya que para ello tendría que invocar su propia torpeza.

III) **Condictio ob iniustam causam.** Era una disposición análoga a la anterior, cuyo objeto consistía en la restitución del enriquecimiento resultante de un delito o de otro acto reprobado por el derecho. Dentro de este concepto quedaría también comprendida la "condictio furtiva", en virtud de la cual la víctima de un hurto podía reclamar del ladrón la restitución de la cosa robada o el pago de su valor cuando ella hubiere perecido aunque fuera por caso fortuito. Otros casos serían, el del cobro de intereses usurarios, el de la percepción de los frutos de una cosa ajena poseída de mala fe y el de lo pagado en virtud de una estipulación arrancada mediante violencia.

Esta condictio al igual que la anterior, se caracterizaba, porque en virtud de ella el deudor quedaba obligado no sólo hasta la concurrencia del enriquecimiento experimentado, sino por todo el perjuicio causado al que la intentaba y no se liberaba con la pérdida fortuita de la cosa.

IV) **Condictio sine causa.** Fue admitida por Justiniano para aquellos casos en que, debiéndose acordar a la persona empobrecida un beneficio de otra, una acción para exigir la repetición del enriquecimiento, la situación no encuadrara en ninguna de las hipótesis anteriores.

En el sentido estricto que se le atribuyó, la condictio sine causa procedía en los casos de prestaciones cumplidas sin causa o por una causa errónea, y en aquellos otros en que la causa que justificaba la existencia de la obligación había dejado de existir.

Una prestación se consideraba cumplida sin causa, cuando se había verificado en atención a un fin que de hecho no se realizaba, como ocurría cuando se donaban objetos preciosos ante el temor de una muerte inminente y el peligro pasaba o cuando se daba algo como dote de un futuro matrimonio y éste no se realizaba.

La prestación se cumplía por causa errónea cuando las partes no estaban de acuerdo sobre el fin perseguido con ella, como si el tradens creyera realizar un mutuo y el accipiens entendiera recibir una donación. La propiedad se transfería al accipiens, pero el tradens podía repetir la prestación mediante la condictio sine causa.

La prestación podía haber obedecido también a una causa que

hubiera dejado de existir, en cuyo caso procedía también la condictio sine causa, como sería el caso de un acreedor que después de haber recibido el pago íntegro de la deuda, retuviera en su poder el título demostrativo de la existencia de la misma.

LEX RHODIA DE IACTU

Los romanos tomaron del derecho marítimo de la isla de Rhodas una ley cuya denominación ("de iactu") procede de la costumbre observada entre los griegos, de aligerar el peso de un buque arrojando al mar ciertas mercaderías, en perjuicio de algunos cargadores, con el fin de salvarse de un peligro común.

Considerándose injusto que sólo el propietario de las mercaderías arrojadas al mar se perjudicara con una medida que en definitiva se había adoptado en beneficio común, se admitió el derecho de éste a ser indemnizado por los otros cargadores y el dueño del buque, hasta la concurrencia del monto en que se hubieren beneficiado.

El daño se dividía pues entre los cargadores y el dueño del buque, en proporción a la parte de propiedad salvada a cada uno de ellos, pero para que la obligación de contribuir existiera, era indispensable el concurso de las siguientes circunstancias:

a) Que hubiera un daño, que podía consistir, en la pérdida de las mercaderías, como sucedía cuando se habían arrojado al mar, o en su deterioro. Podía ocurrir también que se tratara de algún aparejo del buque que se hubiera arrojado al mar o del rescate que se hubiera pagado a los piratas.

b) Que ese daño hubiera sido impuesto por las necesidades de la navegación, como serían los riesgos derivados de una tempestad o de un incendio.

c) Que el sacrificio impuesto a uno de los cargadores o al dueño del buque hubiera procurado un beneficio a los demás. En consecuencia la acción no procedía si después de causado el daño el buque naufragara o cayera en poder de los piratas.

La jurisprudencia romana asimiló esta situación a la de un arrendamiento de obra y, en consecuencia, acordó a los perjudi-

cados la "actio locati" contra el patrón del buque, y a éste la "actio conducti" contra los propietarios de las mercaderías salvadas.

Sin embargo, la naturaleza de estas obligaciones se explica más claramente, si se toma como fundamento no el contrato de arrendamiento, sino el principio del enriquecimiento sin causa; pues, si se obligaba a los propietarios de las mercaderías salvadas y al dueño del buque a indemnizar al cargador de las mercaderías sacrificadas era porque, de lo contrario, ellos se enriquecían injustamente a expensas de éste. La prueba de ello es que la medida del resarcimiento se determinaba por el importe del beneficio obtenido, y si éste no existía, como ocurría en el caso del naufragio, cesaba la obligación de contribuir.

TEMA XLIX

EL DELITO COMO FUENTE DE OBLIGACION — CLASIFICACION — EVOLUCION — DELITOS PRIVADOS — FURTUM — RAPINA — INIURIA — DAMNUM INIURIA DATUM — LEY AQUILIA — OBLIGACIONES QUE NACEN COMO DE UN DELITO.

Al referirnos a las fuentes de las obligaciones, señalamos que estas podían derivarse de los contratos, de los delitos y de las llamadas variae causarum figuris, siendo probablemente los delitos los que se hayan reconocido primero como tales, ya que es más fácil de concebir entre los pueblos primitivos que el autor de un hecho que lesione los derechos de un semejante deba repararle el perjuicio que le ha causado, antes que el contrato que supone ya cierto grado de cultura jurídica.

Los comentaristas han llegado a definir el delito como "todo acto ilícito castigado por la ley con una pena" y señalan que se entiende por acto ilícito "todo acto voluntario, que por significar un ataque o lesión a la persona o a los derechos de otro, se halla prohibido por la ley".

Se podría por tanto establecer que son elementos constitutivos del delito: a) el hecho violatorio de una disposición legal; y, b) la sanción impuesta por la ley.

CLASIFICACION DE LOS DELITOS

Los juristas romanos clasificaron los delitos en dos categorías: los "públicos" o "crímenes" (delicta publica) y los "privados" (delicta privata).

Los crímenes eran todos aquellos delitos que violaban normas de interés social, por cuyo motivo era el Estado quien los perseguía y los castigaba con una pena aplicada en interés de la sociedad; los privados eran aquellos que atentaban sólo contra un derecho individual o particular y por tanto se castigaban con penas

impuestas en interés del damnificado, cuya aplicación sólo él podía perseguir. Conforme a esto se puede definir el delito público (crimina) "como el acto ilícito castigado con una pena pública"; y el delito privado (delictum o maleficia), como "el acto ilícito generador de obligación, castigado por el ius civile con una pena privada".

EVOLUCION DE LOS DELITOS

Observa Girard que los delitos, antes de llegar a ser considerados como fuente de las obligaciones, experimentaron en el estado romano una evolución muy lenta, que es la misma que se observa en la mayor parte de los pueblos antiguos, y en la cual pueden distinguirse las cuatro etapas siguientes:

1º) La de la "venganza privada", según la cual la víctima de un delito tiene derecho a tomar venganza, causando un daño al agresor; siendo la primera limitación a este derecho la aplicación de la ley del Talión, según la cual el daño que debe ocasionarse al autor del delito debía ser de la misma naturaleza que el sufrido por la víctima, de acuerdo con la máxima: ojo por ojo, diente por diente.

2º) La segunda etapa es la de la "composición voluntaria"; en donde la víctima del delito a quien se le reconoce el derecho de tomar venganza, puede renunciar a ésta a cambio del pago de una suma de dinero libremente convenida con el ofensor, la cual recibe el nombre de "composición"; pero esta composición sólo reemplaza a la venganza cuando los interesados así lo quieren, razón por la cual ésta se califica de "voluntaria".

3º) Con el tiempo y a medida que la organización política se fue consolidando, el Estado intervino para asegurar la tranquilidad pública, transformando las composiciones voluntarias en "composiciones obligatorias", para lo cual fija para cada delito una suma que el culpable se obliga a pagar y con la cual debe conformarse la víctima; razón por la cual se califica a esta etapa de las "composiciones legales" y es entonces cuando el delito comienza a ser fuente de obligaciones, porque puede ocurrir que el ofensor no disponga de los fondos necesarios para hacer efectiva la composición en cuyo caso se comprometerá a pagarla en una fecha

futura, y habrá surgido así el derecho de crédito de la víctima, correlativo de la obligación del culpable.

4º) En la última etapa se considera al Estado como interesado en la represión, no sólo de los ataques dirigidos contra él, como ocurriría en el caso de traición a la patria, sino también de los atentados contra los particulares, como el homicidio, el hurto, etc. El Estado, ya fuerte, suprime la composición y procede directamente a la represión del delincuente, transformando en "públicos". la mayor parte de los delitos privados.

Es entonces cuando se distingue el doble aspecto que el delito presenta: "público", en cuanto significa una amenaza o peligro para la sociedad, por cuyo motivo el Estado persigue al delincuente para aplicarle una pena; y, "privado" en cuanto representa un ataque al derecho individual, razón por la cual se permite a la víctima perseguir al ofensor para hacer efectiva la reparación del daño causado. Precisamente bajo este último aspecto es que el delito constituye una fuente de obligaciones.

Esta etapa final no se alcanzó en el derecho romano para todos los delitos, sino solamente para algunos atentados contra las personas, como el homicidio, lo que representa sin duda un considerable progreso, si se toma en cuenta que en la legislación bárbara tales hechos daban lugar aun a la composición legal.

En lo que respecta al desarrollo de la legislación romana en esta materia hay que anotar que las noticias que se tienen referentes al primer período son vagas e imprecisas, salvo en lo referente a lo establecido en la ley de las XII Tablas, en la cual se establece la distinción entre los delitos públicos y los privados, en la forma expuesta.

Entre los delitos públicos figuraban: el perjurio, el incendio, la infidelidad o felonía del patrono hacia sus clientes, la prevaricación del juez, el sortilegio, el falso testimonio, etc., pero los más importantes eran, el perduellio y el parricidium.

El perduellio, era el ataque contra el Estado, que tuvo al principio una acepción muy limitada, ya que sólo comprendía aquellos casos en que el ataque fuera directo, como el de rebelión contra la comunidad, o el del que incurría en traición a la patria, pasándose por ejemplo a las filas enemigas. Posteriormente compren-

dió también los atentados contra los dioses o las cosas públicas, hasta que, con la creación de los tribunos de la plebe, se incluyó dentro de este delito el "crimen maiestatis" o de lesa majestad, en el cual incurría quien atentara contra un magistrado, cuya persona se consideraba sagrada. Al autor de este delito se le castigaba con la pena "capital", cuya aplicación podía perseguirse en juicio público ante el tribunal de los duoviri perduellionum, mediante una acción popular; y de su fallo podía apelarse ante los comicios por centurias, mediante la provocatio ad populum.

El parricidium no tenía, en esta época de la historia de Roma, el mismo significado que en la actualidad, ya que entonces era considerado como tal cualquiera que hubiese causado la muerte de otra persona. La expresión proviene, según observa Ortolan, de "pariscidium" que significa asesinato de un semejante, homicidio, y no de "patris-cidium", asesinato del padre; que consistía en el hecho de dar muerte a un paterfamilias, que se consideraba como un delito público por interesar a la comunidad, ya que el paterfamilias era el jefe político y religioso de las gens, sobre cuyas bases descansaba la organización política del Estado romano. Su sanción era la pena de muerte cuya aplicación podía perseguirse por acusación popular ante los quaestores parricidii y su sentencia era apelable ante los comicios centuriados, mediante la provocatio ad populum.

Entre los delitos privados de esta época figuran la iniuria, el furtum y el damnum iuiria datum, cuya represión no estaba organizada en la Ley de las XII Tablas con un sistema uniforme sino que, para algunos se aplicaba la ley del talión, para otros la composición voluntaria y la composición legal para los menos graves.

En la época clásica subsiste la división de los delitos en públicos y privados, pero se amplía considerablemente el número de los públicos y se dictan una serie de leyes que contemplan las nuevas situaciones y las sanciones que corresponderá aplicarles; y se operan también algunas transformaciones en lo que a los delitos privados respecta, distinguiéndose las acciones que nacen de los delitos privados en "penales", "reipersecutorias" y "mixtas".

En la época del Imperio, subsiste la división de los delitos en públicos y privados, ampliándose el cuadro de los delitos públicos por obra de las constituciones imperiales; pero el rasgo más resaltante de esta época consiste en la facultad reconocida a las

víctimas de delitos privados, de perseguir a los ofensores mediante la "iudicia publica extraordinaria" para hacerles aplicar un castigo corporal, en lugar de la pena privada de carácter pecuniario. Esta reforma es el resultado de la transformación operada hacia esa época en la composición de la sociedad romana, dentro de la cual tenían cabida toda clase de elementos y entre ellos individuos absolutamente insolventes con los cuales resultaban ilusorias las penas pecuniarias. La víctima de un hurto, por ejemplo, nada obtendría persiguiendo al ladrón mediante la acción furtiva si éste era insolvente, por cuyo motivo lograba mayor satisfacción renunciando al ejercicio de esta acción para perseguir extra-ordinem al delincuente y hacerle imponer un castigo. Está demás decir que el ejercicio de una de estas dos acciones excluía el de la otra, de modo que el ofendido debía optar por una de ellas.

Se observa pues, que a pesar del progreso logrado al permitirse iniciar una persecución pública en razón de un delito privado, no se llega todavía a la solución del derecho moderno, de que el delito engendra la doble acción: "pública", cuyo ejercicio corresponde por regla general al Estado, y "privada", cuyo ejercicio es privativo del particular ofendido.

DELITOS PRIVADOS

Los delitos privados también fueron numerosos en el derecho romano, pero las Institutas de Justiniano los reducen a cuatro: el hurto (furtum), el robo (rapina), el daño injustamente causado en las cosas de otro (damnum iniuria datum) y la iniuria propiamente dicha.

Entre los delitos privados pueden distinguirse los civiles de los pretorianos. Eran civiles los previstos y sancionados por el derecho civil, como el furtum, la iniuria y el damnum iuria datum de la ley Aquilia. Los pretorianos fueron los previstos y sancionados por los pretores en sus edictos, como la rapina (robo), el dolus (dolo), el metus (violencia) y el fraus creditorum (fraude en perjuicio de los acreedores).

ACCIONES QUE ENGENDRAN LOS DELITOS PRIVADOS

Los delitos privados, como apuntamos antes, podían dar lugar

a tres clases de acciones: las penales, las reipersecutorias y las mixtas.

Eran penales las acciones que tenían por objeto la imposición de una pena pecuniaria al delincuente, en favor del ofendido, la cual consistía generalmente en el doble, el triple o el cuádruple del valor del perjuicio causado. Y, como se trataba de sanciones personales, no se concedía contra los herederos del delincuente, pero si se transmitían por herencia a los herederos del ofendido, salvo en algunos casos.

Las acciones reipersecutorias perseguían, en cambio, la reparación del daño causado por el delito. En el caso de un hurto por ejemplo, la restitución de la cosa robada o el pago de los daños y perjuicios correspondientes. Estas acciones podían ser intentadas no sólo contra el delincuente sino también contra sus herederos, pero hasta la concurrencia del provecho que hubieran obtenido del delito, pues se trataba de acciones fundadas en el enriquecimiento sin causa.

Por último, las acciones mixtas participaban de los caracteres de las dos anteriores, pues tenían por objeto, la imposición de una pena al delincuente y la reparación del daño causado por el delito.

Si en la comisión de un mismo delito hubieren participado varias personas, cada una de ellas debía la totalidad de la pena; y todas eran además solidariamente responsables por la indemnización del daño causado, de manera que el pago realizado por una de ellas liberaba a todas las demás respecto a la reparación del daño causado, pero no en cuanto a la pena, que podía ser exigida de cada uno de los delincuentes separadamente.

FURTUM (HURTO)

El hurto era entre los romanos un delito que abarcaba un campo más amplio que en el derecho penal actual pues comprendía, no sólo los casos de apoderamiento ilegítimo de una cosa ajena, sino también otros que hoy configuran otros delitos como la apropiación indebida y la estafa o simples abusos de confianza, incumplimiento de contratos y ciertos ataques contra la posesión cometidos por el mismo propietario de la cosa.

La Ley de las XII Tablas consideró como furtum no sólo la sustracción ilegítima de la cosa ajena, sino que hace distinción entre el cometido durante el día o durante la noche y también si hubiera habido o no resistencia con armas por parte del ladrón; siendo el criterio utilizado para graduar el monto de la pena, no la gravedad del delito en sí ni las circunstancias que lo hubieran rodeado, sino la mayor o menor habilidad del ladrón, castigándosele más severamente cuando se le había aprehendido en el momento del hecho que cuando se le descubría posteriormente, o sea, cuando se trataba de un "furtum manifestum" (el sorprendido in fraganti) que cuando se trataba de un "furtum nec manifestum".

En la época clásica el concepto del furtum se extiende al uso ilícito de la cosa ajena ("furtum usus") y al apoderamiento indebido de la cosa propia ("furtum possessionis"). En el primero incurriría, entre otros, el depositario que usara la cosa depositada sin consentimiento del dueño; y en el segundo, el deudor que sin haber pagado la deuda, despojaba a su acreedor de la posesión de la cosa que le había entregado en calidad de prenda. Y, se mantiene en este período la distinción entre el "furtum manifestum" y el "furtum nec manifestum", modificándose solamente la pena del primero que se fija en el cuádruple del valor de la cosa hurtada.

En el Bajo Imperio y en la época de Justiniano se mantiene la distinción entre el "furtum manifestum" y el "nec manifestum", con igual pena que hasta entonces, o sea del cuádruple del valor de la cosa hurtada para el primero y del doble para el segundo; pero tanto en uno como en otro caso, la víctima puede optar entre el ejercicio de la "actio furti" para la obtención de la pena pecuniaria de carácter privado, o la persecución criminal del ladrón en juicio público extraordinario, para que se le imponga un castigo corporal, lo que debe preferir cuando el autor del delito sea un insolvente. Esto, aparte de las acciones reipersecutorias que puede intentar a fin de obtener la restitución de la cosa robada.

Para que un hecho pudiera ser catalogado de hurto, en la última etapa del derecho romano, debían concurrir las siguientes condiciones:

a) Que alguien se apropie de una cosa ajena o la sustraiga, mudándola de lugar, así como también quien haga uso excesivo o ilícito de la cosa ajena o se apodere indebidamente de la cosa

propia; todo lo cual queda comprendido dentro del término utilizado por los juristas romanos de: "contrectatio rei", que en el derecho justinianeo se calificó de, "furtum rei", "furtum usus" y "furtum possessionis".

b) Que la contrectatio fuera fraudulenta, lo cual exige la concurrencia de: la intención de hurtar, que supone la conciencia de que se causa un daño; el propósito de obtener un lucro o provecho y la falta de consentimiento del dueño o del titular del derecho, pues si éste previamente había consentido no habría hurto sino un acto perfectamente lícito.

c) Que la cosa sobre la cual recayera el hurto estuviera en el comercio, lo que equivalía a decir que debía ser susceptible de tener propietario; pues si el apoderamiento era de una cosa extracommercium, sea de una res divini iuris o humani iuris, no habría hurto sino otro tipo de delito.

d) Que se tratara de una cosa mueble.

Este delito daba lugar a una acción penal: la "actio furti", que tenía por objeto imponer al ladrón una pena pecuniaria en favor del ofendido, y acciones reipersecutorias, cuyo objeto consistía en la restitución de las cosas hurtadas o en el pago de su valor.

La actio furti daba lugar a imponer al ladrón la pena del cuádruple del valor de la cosa en caso de hurto manifiesto y del doble en caso de hurto no manifiesto, estando reservado su ejercicio a los ciudadanos romanos, era perpetua y arrastraba consigo la tacha de infamia para el condenado. Podían ejercer esta acción no sólo el propietario de la cosa hurtada, sino también toda otra persona que tuviera interés en que el hurto no se cometiera, como el usufructuario, el usuario, el comodatario, el arrendatario, etc.; y podía ser intentada contra el ladrón y sus cómplices, pero no contra sus herederos, en virtud del principio de que las penas eran estrictamente personales.

Entre las acciones reipersecutorias que se originaban del hurto se distinguen:

a) La actio ad exhibendum, cuyo ejercicio era previo al de la reivindicatio y tenía por objeto obligar al ladrón a presentar la

cosa hurtada. Se daba no sólo contra el ladrón que tenía la cosa en su poder, sino también contra el que había dejado de poseerla por dolo, sea entregándola a un tercero, sea destruyéndola. El damandado estaba obligado a exhibir la cosa y si no quería o no podía hacerlo, debía pagar su estimación.

b) La reivindicatio, que no era sino la sanción del derecho de propiedad sobre la cosa hurtada. El propietario a quien el hurto había privado de la posesión de la cosa podía reivindicarla del ladrón, de sus herederos o de cualquier tercer adquirente aunque fuera de buena fe.

c) La condictio furtiva, que no era sino una variedad de la condictio sine causa, aunque sujeta a ciertas reglas especiales. Consistía en una acción personal de derecho estricto en virtud de la cual la víctima del hurto, a quien se consideraba como acreedor de la cosa robada, perseguía al ladrón o a sus herederos para obligarles a transferir la propiedad de la misma o al pago de su valor si ella hubiere perecido, aunque fuera por caso fortuito.

Esta acción ofrecía una anomalía y es que la víctima aparecía como acreedor de su propia cosa, lo que era absurdo, pues el hurto no tenía la virtud de transferir al ladrón la propiedad de la cosa hurtada. Sin embargo, la condictio fue admitida por una razón de orden práctico que consistió en procurar a la víctima un recurso más y hacer más rigurosa la condición del ladrón; pues la reivindicatio no prosperaba contra los herederos cuando ellos no poseían la cosa robada y además se extinguía por la pérdida fortuita de la cosa. En cambio la condictio furtiva, podía ser intentada contra los herederos en todos los casos y cuando la cosa hubiere perecido aun por caso fortuito.

RAPINA (ROBO)

El robo o rapiña (rapina) no era sino el hurto cometido por bandas armadas o con violencia.

Al principio el hurto y el robo no constituyeron sino un mismo delito, pero más tarde se diferenciaron debido a lo siguiente: en la época de las guerras civiles los hurtos cometidos por bandas armadas se hicieron muy frecuentes y sus autores, que era muy difícil atraparlos en el acto de cometer el hecho, no incurrían sino

en la penalidad del furtum nec manifestum, que sólo daba lugar al ejercicio de la actio furti por el doble del valor de la cosa.

Para castigar más severamente este tipo de hurto el pretor peregrino Terentius Lucullus en el año 76 a. C. sancionó el delito de hurto o de daño ilícito cometido por bandas armadas con la "actio de vi bonorum raptorum". Más tarde la acción fue extendida al caso de hurto o daño ilícito cometido con violencia aunque fuera por una sola persona y el delito recibió en ambos casos el nombre de: "rapina" (robo o rapiña).

Las características de este delito eran las mismas del hurto agravado por la circunstancia de haber sido cometido por bandas armadas o individualmente y con violencia.

Sólo existía una clase de robo: la "bona vi rapta", que daba lugar a la acción de "vi bonorum raptorum", por el cuádruplo del valor de la cosa robada. Por ser una acción pretoriana duraba sólo un año y podía ser ejercitada por el propietario de la cosa y por toda persona interesada en que no se cometiera el robo. Podía intentarse contra el ladrón y sus cómplices; y contra los herederos, pero sólo en la medida en que estos últimos se hubieren enriquecido con el robo.

INIURIA

Iniuria era en general, todo acto contrario a derecho que significara un atentado contra otra persona, sea que lo afecte en su integridad física (lesión) o su personalidad moral (ofensa).

Para la Ley de las XII Tablas, las injurias consistían en lesiones corporales inferidas a la persona física de otro (golpes o heridas), sin distinguirse si había intención dolosa o imprudencia por parte del autor; contemplando esta ley dos clases de injurias: las graves y las leves.

Las injurias graves consistían en la ruptura de un miembro (membrum ruptum), en cuyo caso se autorizaba a la víctima a aplicar la pena del talión a no ser que conviniera con el ofensor en una composición pecuniaria.

Para otras injurias menos graves, como la fractura de un hue-

so (os fractum) se establecía una composición legal de trescientos o ciento cincuenta ases, según que la víctima fuera un hombre libre o un esclavo.

Para las demás injurias, consistentes en las vías de hecho leves, como serían en general los golpes sin heridas, diponía la ley el pago de una composición legal de veinticinco ases.

Los ataques contra el honor no eran castigados por la ley sino cuando habían tenido lugar públicamente.

El derecho pretoriano sustituyó las penas fijas dispuestas por la Ley de las XII Tablas por una reparación pecuniaria que debía fijarse en cada caso de acuerdo con la mayor o menor gravedad del daño y era exigible por la "actio iniuriarum aestimatoria".

Por otra parte, se extendió la noción de la injuria a los casos de lesión a la persona moral de otro, como la difamación escrita o verbal, las palabras ultrajantes, la violación de domicilio y todo otro acto que comprometa la reputación o el honor de una persona.

En esta época la noción de la injuria se restringe, en el sentido de que sólo se considera como tal cuando la lesión a la persona física o moral ha sido realizada intencionalmente y no por simple imprudencia. Desde entonces el animus iniuriandi constituye un elemento característico de la injuria, quedando excluidos en consecuencia los actos realizados con otros propósitos, como el animus iocandi (broma), el animus consulendi (consejo), el animus corrigendi (corrección), etc..

Se señalan como características de la actio iniuriarum, la de ser una acción del derecho pretoriano que acarreaba la tacha de infamia contra el condenado, de ser de carácter penal puesto que la finalidad perseguida era que se impusiera una pena al ofensor, que podía ejercerse contra el ofensor y sus cómplices pero no contra sus herederos y que podía ser intentada por el ofendido o por el paterfamilias, cuando la víctima de la injuria fuera un alieni iuris, pero no por los herederos de la víctima; y finalmente que la muerte del ofensor o del ofendido, así como el perdón de este último, extinguían la acción.

En la época de Sila se dictó la Lex Cornelia de Iniuriis, que permitía a las víctimas de ciertas injurias, como golpes, heridas y violación de domicilio, optar entre el ejercicio de la actio iniuriarum o una persecución criminal tendiente a hacer aplicar un castigo al ofensor.

Finalmente, el derecho imperial a partir de Diocleciano y especialmente Justiniano, completaron la reforma iniciada por la Ley Cornelia, permitiendo en todos los casos a la víctima de la injuria optar entre la acción privada y la persecución criminal contra el ofensor.

DAMNUM INIURIA DATUM (DAÑO ILICITO)

Había damnum iniuria datum, cuando una persona por un hecho ilícito que le era imputable ocasionaba a otro un perjuicio en su patrimonio sin sacar provecho de ello.

En Roma, desde los primeros tiempos, se dictaron disposiciones especiales para los daños más graves y frecuentes que más tarde el pretor fue extendiendo paulatinamente a otros casos, completando así las disposiciones del derecho civil.

Así en la Ley de las XII Tablas se castigaba: al que fracturase un hueso al esclavo de otro, al que introdujera a pastar su ganado en fundo ajeno, al que con encantamiento echare a perder las cosechas o las trasladare de un campo a otro, al que de noche y furtivamente segare las mieses o las diere como pasto a los animales, al que incendiase un edificio o una hacina de trigo colocada junto al mismo, sea que lo hiciere a sabiendas o por descuido, y al que cortare injustamente los árboles de otro.

LEY AQUILIA

Durante la República, en fecha desconocida, por iniciativa de un tribuno de la plebe, Aquilius, se dictó un plebiscito conocido con el nombre de "Ley Aquilia", con el cual se reglamenta de manera más completa la cuestión de los daños ilícitos, labor que completa el derecho pretoriano extendiendo las disposiciones de esta ley a muchas otras situaciones no contempladas en ella, mediante la concesión de acciones "útiles" e "in factum".

Para que existiera el "damnum iniuria datum", era necesario:

a) Que hubiera "corpus laesum", o sea, que el daño consistiera en la destrucción o deterioro material de una cosa corporal ajena. No había pues "damnum", para la ley, cuando alguien causaba a otro un perjuicio patrimonial, sin alterar la estructura física de una cosa, como cuando alguien abría la jaula en que estaba encerrado un animal, facilitando así su fuga.

b) Que el daño hubiera sido causado "corpore", o sea por el esfuerzo muscular o acción directa del autor del delito. Así, caía bajo la sanción de la Ley Aquilia el que daba muerte al esclavo de otro golpeándolo, pero no el que encerrándolo lo dejaba morir de hambre, o quien le suministraba el arma para que se matara.

c) Que se tratara de un daño causado sin derecho ("iniuria"), como sucedía cuando se actuaba con dolo o cuando se cometía una falta, aunque fuera leve. Así si alguien para limpiar su campo de malezas le prendía fuego y éste se propagaba por el viento al fundo vecino, su propietario podía perseguir al primero por la acción de la Ley Aquilia. Por el contrario cuando el autor del daño no hacía sino ejercitar un derecho, como sucedía por ejemplo, si una persona atacada por el esclavo de otro lo matara para salvar su vida, no habría damnum iniuria datum, ni procedería por lo tanto la acción de la Ley Aquilia, porque había actuado haciendo uso de un derecho de defensa personal que le acordaba la ley.

d) Por último, era necesario que el daño proviniera de un hecho del hombre y no de una simple omisión. El que ve quemarse la cosa de otro y no la salva pudiendo hacerlo sin riesgo para su persona, no incurre en el delito de damnum iniuria datum, que exige culpa in comittendo y no culpa in omittendo.

Clases de daños

Conforme a la Ley Aquilia existían tres clases de damnum iniuria datum que corresponden a los tres capítulos de la ley.

El primer capítulo se refería al que diera muerte al esclavo ajeno o a un cuadrúpedo de rebaño (pecus) perteneciente a otro, considerando tales hechos como delitos graves.

El segundo capítulo contemplaba el caso del adstipulator que mediante el procedimiento de la acceptilatio hacía remisión de la deuda al deudor en perjuicio de los derechos del acreedor principal, estableciendo que podía ser perseguido por este último por medio de la actio legis Aquiliae.

El tercer capítulo, se aplicaba a los casos de heridas causadas a un esclavo o cuadrúpedo de rebaño perteneciente a otro, muerte de cualquier otro animal y deterioro o destrucción de cosas ajenas, hechos a los que consideraba como delitos leves.

Características de la acción

La actio legis Aquilae presentaba los siguientes caracteres:

a) Implicaba una condena igual al mayor valor que hubiera alcanzado el objeto dañado en el año que había precedido al delito, si se trataba de un hecho de los contemplados en el capítulo primero, o en los treinta días anteriores si se trataba de un hecho comprendido en el tercer capítulo.

b) En el derecho justinianeo se la consideró una acción mixta, o sea penal y reipersecutoria, ya que tendía en primer lugar a la reparación del perjuicio causado por el delito, pero podía además procurar un enriquecimiento a la víctima: 1º) por la diferencia de valor que el objeto hubiera podido tener en el año o en los treinta días anteriores al delito; y, 2º) por la condenación al doble del valor, en caso de que el demandado hubiese negado ser el autor del delito. Sin embargo no se daba contra los herederos del autor del delito, sino en la medida del enriquecimiento y era posible el abandono noxal del delincuente por parte del amo o del paterfamilias si éste era un esclavo o un filiusfamilias.

c) Al igual que la actio furti, no podía ser intentada más que por ciudadanos y contra ciudadanos. Para hacerla extensiva a los peregrinos, el pretor debía valerse de una ficción del derecho de ciudadanía.

La actio legis Aquiliae no se concedía sino al propietario de la cosa dañada y se intentaba contra el autor principal del delito y contra los cómplices, debiendo pagar cada uno de ellos el importe íntegro, pues el pago hecho por uno no libera a los demás;

y contra los herederos no era concedida sino hasta la concurrencia del enriquecimiento que ellos hubieran obtenido del delito.

Como la Ley Aquilia no era acordada sino en los casos en que el daño consistía en lesiones materiales causadas por el esfuerzo muscular o el contacto mismo del autor del delito y en virtud de acciones y no de omisiones, además de que no era concedida más que al propietario de la cosa destruida o deteriorada, se produjeron en la práctica, como consecuencia de estos requisitos, numerosos casos de daños causados que quedaron sin sanción alguna; por lo cual, para evitar esto y debido a la influencia del pretor la jurisprudencia extendió la aplicación de la actio legis Aquiliae tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo.

Objetivamente fue extendida como acción útil, a los casos de daños causados "corpori et non corpore", es decir cuando había "corpus laesum", pero no causado por el contacto mismo del autor del delito, como sería por ejemplo el caso de una persona que espantaba al esclavo ajeno que como consecuencia de ello caía en un precipicio. También se extendió como "acción in factum" a los casos de daños causados "nec corpore nec corpori", es decir faltando las dos condiciones exigidas por la ley, como sería el caso de soltar al esclavo encadenado por su amo facilitando su fuga. En estos casos la parte lesionada no podía obtener más que la reparación exacta del perjuicio. Además la interpretación hizo extensivo el ejercicio de la acción de la Ley Aquilia a los casos de daños causados mediante omisión, siempre que ésta estuviera vinculada con un acto positivo anterior del agente, como en el caso del que tuviere a su cargo la custodia de un horno que, luego de encenderlo, se queda dormido antes de apagarlo, dando lugar a un incendio que destruya a un edificio.

Subjetivamente la acción de la Ley Aquilia fue concedida "utilitatis causa", a personas que sin ser propietarias de la cosa destruida o deteriorada, estuvieran interesadas en su conservación, como el usufructuario, el usuario, el acreedor prendario, el poseedor de buena fe, etc.

OBLIGACIONES QUE NACEN COMO DE UN DELITO

El derecho pretoriano sancionó con acciones "in factum" una serie de hechos que consideró ilícitos y que no habían sido pre-

vistos por el derecho civil o que estaban deficientemente sancionados en éste, entre los cuales se pueden mencionar: el del que corrompe al esclavo ajeno (servo corrupto), el del que engaña a otro para hacerlo contratar (actio doli), el del que amenaza a otro para constreñirlo a manifestar su voluntad (actio quod metus causa), el del que viola una sepultura (actio de sepulcro violato), el del que ejecuta un acto en fraude de los acreedores (fraus creditorum), etc.; pero, no obstante esto, en las Res cottidianae y en las Institutas de Justinano, sólo figuran como "quasi ex delicto", los siguientes:

1º.— El caso del juez que hace suyo el proceso (iudex quae litem suam fecit). Cuando el juez por dolo o negligencia dictaba una sentencia contraria a derecho, volvía el proceso contra si mismo y se hallaba obligado a reparar el daño causado mediante el pago de una indemnización equitativa.

2º.— Cosas arrojadas o derramadas (effusis et deiectis). El pretor considerando insuficiente lo dispuesto por la Ley Aquilia para aquellos casos en que el daño hubiera sido causado por un objeto arrojado desde una casa a la calle o a cualquiera otro lugar público, creó una acción de "effusis et deiectis", que podía intentarse contra el que habitaba la casa desde donde se había arrojado el objeto.

Esta acción era por el doble del perjuicio causado, pero si se producía la muerte de un hombre libre, el demandado quedaba obligado a pagar cincuenta sueldos de oro. En caso de simples heridas la víctima recibía una indemnización equitativa que establecía el juez. La persona demandada tenía a su vez un recurso contra el autor directo del hecho para obligarlo a reembolsarle la suma que él hubiera pagado.

3º.— Cosas suspendidas o colgadas (positis et suspensis). El pretor prohibió por un edicto la colocación o suspensión sobre lugares que dieran a la vía pública, de objetos cuya caída pudiera causar algún daño, y para los casos de violación de esta disposición se dió una "acción popular" contra el que habitara el inmueble, por parte de la persona que quisiera intentarla, aun antes de la caída del objeto, y en virtud de la cual se obligaba al demandado a pagar la suma de diez sueldos de oro.

4º.— Hurtos y daños cometidos por los dependientes. Cuando a bordo de un navío, en una posada o en una caballeriza, las personas de servicio hubieran cometido un hurto o causado cualquier daño en perjuicio de un viajero, la víctima del delito podía elegir entre perseguir al autor del hecho si lo conocía, o actuar "quasi ex delicto" contra el dueño del navío, posada o caballeriza, para obligarle a pagar una indemnización equivalente al doble del daño causado

TEMA L

DONACION ENTRE VIVOS — CARACTERES — FORMA Y EFECTOS — CASOS EN QUE PUEDE SER REVOCADA UNA DONACION ENTRE VIVOS — DONACION MORTIS CAUSA — CARACTERES — FORMA Y EFECTOS — CADUCIDAD DE LAS DONACIONES MORTIS CAUSA.

Puede definirse la donación entre vivos como una liberalidad irrevocable en virtud de la cual una persona, el donante, se desprende gratuitamente de una cosa en provecho de otra persona, el donatario.

CARACTERES DE LAS DONACIONES ENTRE VIVOS

Exige por tanto la donación entre vivos el concurso de los siguientes caracteres:

a) Que se produzca una disminución del patrimonio del donante y un aumento en el donatorio, pues si no se dan estas dos circunstancias no habría donación. Así, el comodante o el depositario, aun cuando prestan un servicio gratuito, no hacen una donación porque no disminuyen su patrimonio en beneficio de otra persona. Tampoco hace una donación el deudor que suministra una garantía real a su acreedor, pues no se aumenta con esto el patrimonio de este último.

b) La de ser irrevocable, o sea que una vez concluida no puede ser dejada sin efecto por parte del donante; característica esta que la distingue de la donación mortis causa, que es perfectamente revocable.

c) La de ser voluntaria, es decir, libremente consentida por el donante, pues si se hace por obligación, como quien suministra alimentos por disposición de la ley a un pariente, no realiza una donación, porque falta en él el "animus donandi".

d) La aceptación del donatorio no es necesaria para que tenga validez la donación. Así, el que pagaba la deuda de otro sin el consentimiento de éste, realizaba una verdadera donación en la cual no había consentido el deudor, que sería en este caso el donatario.

No quiere esto decir que el donatario estuviera siempre obligado a aceptar la donación, pues podía perfectamente rechazarla; pero lo que ocurría en la práctica, cuando una persona quería hacerle a otra una donación, era que realizaba con ella un acuerdo mediante el cual se obligaba a suministrarle una cosa determinada, que constituía el objeto de la donación.

FORMA Y EFECTOS DE LAS DONACIONES ENTRE VIVOS

Al principio el acuerdo ya dicho fue un simple pacto aislado que por lo tanto no era obligatorio, de modo que si el donante no cumplía lo prometido, el donatorio carecía de medios legales para obligarlo a hacerlo; por eso para hacerla obligatoria se valieron las partes de diversos procedimientos que variaron con el tiempo y que veremos de seguidas:

1º.—**Derecho antiguo.** Para que la donación fuera perfecta, podía emplearse uno de los procedimientos siguientes:

a) La transferencia al donatario de la propiedad de las cosas donadas, por medio de la mancipatio o de la in iure cessio, si se trataba de cosas mancipi o por medio de la "tradición" si se trataba de cosas "nec mancipi". En esta forma el donatario tendría la acción "reivindicatoria" que podría ejercer tanto contra el donante como contra los terceros que lo despojaron de la cosa.

b) Una promesa bajo la forma de una "estipulación" o de un "contrato litteris", que convertía al donatario en acreedor del donante y con derecho a ejercer contra él la acción "condictio" para obligarlo a cumplir su promesa.

2º.—**Régimen de la ley Cincia.** Se conoce con el nombre de ley Cincia un plebiscito votado a proposición del tribuno Lucio Cincio en el siglo III a. C. que contenía la prohibición de hacer donaciones que excedieran de la tasa legal, exceptuando los casos de donación entre ciertos parientes y entre cónyuges.

La sanción contra la donación que excediera de la tasa legal era su nulidad, pero el derecho del donante se reducía a oponer a la acción del donatario la "exceptio legis Cincia", cuando no habiendo cumplido aun la donación el donatario lo conminaba a que lo hiciera; pero si la donación se hubiera perfeccionado por la transferencia de la propiedad de las cosas donadas, el donante no tenía recurso alguno para hacerla anular. Por tal circunstancia se catalogaba a esta ley de imperfecta. Cayó en desuso en tiempo de Diocleciano.

3º.—**Reforma de Antonino Pio.** Como bajo el imperio de la ley Cincia algunas donaciones, como las realizadas entre ciertos parientes y entre cónyuges quedaron sujetas al derecho antiguo, algunas de ellas, como las donaciones entre ascendientes y descendientes fueron reglamentadas por el emperador Antonio Pio, quien decidió que en tales casos la simple convención bastaba para que la donación fuera perfecta, siempre que se redactara por escrito entregándose el respectivo documento al donatario. Cumplidos estos requisitos el donatario podía obligar al donante a cumplir la donación mediante la "condictio ex-lege".

4º.—**Régimen de la insinuación.** A principios del siglo IV d. C. cuando la ley Cincia caía en desuso una nueva institución vino a reemplazarla y fue el régimen de la insinuación, en virtud del cual se exigió que las donaciones cuyo monto fuera superior a doscientos sueldos de oro fueran "insinuadas", o sea transcritas en registros públicos llevados en los tribunales; sistema que se aplicó también a las donaciones realizadas entre las personas exceptuadas en el régimen de la ley Cincia.

La insinuación se realizaba transcribiendo íntegramente el documento que acreditaba la donación en los registros públicos, lo cual interesaba tanto al donante y su familia como a los terceros; a los primeros porque la exigencia de la publicidad haría reflexionar al donante evitando así las donaciones excesivas, y a los últimos porque los ponía a cubierto contra las liberalidades ocultas que pudieran perjudicar sus intereses.

En cuanto a la sanción, la donación no insinuada, quedaba reducida a doscientos sueldos de oro, y la que excedía de dicha tasa era reducida a la tasa legal; disponiendo el donante de una

acción y de una excepción para hacer reducir la donación no insinuada al máximun legal.

5º.—**Reformas de Justiniano.** Generalizando la reforma de Antonino Pio, Justiniano decidió que la simple convención o pacto de donación fuera obligatorio por si mismo, sin necesidad de ninguna otra formalidad. Desde entonces la promesa de donación se convirtió en un "pacto legítimo" sancionado por la "condictio ex-lege", y en cuanto al documento sólo fue exigido en los casos en que las partes hubieran subordinado la validez de la misma a la confección de dicho documento. La formalidad de la insinuación la mantuvo Justiniano para las donaciones superiores a quinientos sueldos de oro.

CASOS EN QUE PUEDE SER REVOCADA UNA DONACION ENTRE VIVOS

La donación entre vivos que es por principio irrevocable, puede excepcionalmente ser revocada cuando concurre alguna de las siguientes circunstancias:

a) Caso de inejecución de las cargas. La donación podía haber sido hecha "sub-modo", es decir, con la obligación por parte del donatario de cumplir con ciertas cargas. En este caso, si el donatario no cumplía, el donante podía revocar la donación; pero esta revocación no hacía volver de pleno derecho la propiedad de la cosa al donante, puesto que la propiedad no podía ser transferida "ad tempus", sino que el donante podía ejercer contra el donatario la "condictio ob rem data", para obligarlo a devolver lo que había recibido. Pero, podía también por medio de la acción "prescriptis verbis" obligar al donatario a cumplir las cargas impuestas, pues se consideró a la donación "sub-modo" como un contrato innominado de la categoría del "do ut facias".

b) Caso del nacimiento de un hijo cuando se trataba de la donación hecha por un patrono a su liberto. Al principio esta donación era revocable a voluntad del donante, pero una Constitución del emperador Constantino del año 355, no permitió al patrono revocar la donación hecha a su liberto sino en el caso en que hubiera hecho la donación no teniendo hijos y le nacía luego alguno.

c) Caso de ingratitud del donatario. Al principio la ingratitur no era una causa de revocación de la donación sino entre ascendientes y descendientes, pero en la época de Justiniano esta regla se aplicó a todos los casos de donación.

Las causas de ingratitud eran al principio de la libre apreciación del donante, pero Justiniano estableció y limitó dichas causas. La revocación de la donación por causa de ingratitud se obtenía mediante la "condictio ex-lege", que no afectaba las enajenaciones y los derechos reales adquiridos por los terceros sobre la cosa donada.

DONACIONES MORTIS CAUSA

La donación mortis causa era una liberalidad hecha para cumplirse después de la muerte del donante. Ocupaba un lugar intermedio entre la donación entre vivos y el legado y caducaba si fallecía el donatario antes que el donante.

CARACTERES DE LA DONACION MORTIS CAUSA

Los caracteres de la donación mortis causa, eran los siguientes:

a) No se perfeccionaba sino al ocurrir la muerte del donante.

b) Caducaba si la muerte del donatario ocurría antes de que tuviera lugar la muerte del donante.

c) Era revocable a voluntad del donante, salvo pacto expreso en contrario.

FORMA Y EFECTOS DE LAS DONACIONES MORTIS CAUSA

En cuanto a su forma y efectos, lo mismo que ocurría en materia de donación entre vivos, la simple convención de donar no era obligatoria en los casos de donación mortis causa; para que lo fuera las partes tenían que recurrir a realizar una "datio", o sea a la trasmisión de la propiedad de la cosa donada, o a una "estipulación".

Esa "datio" podía ser hecha pura y simplemente, de manera

que el donatario se hiciera inmediatamente propietario de las cosas donadas, aunque con la obligación de devolverlas si la donación caducaba; o bajo condición suspensiva, de manera que el donatario no se hiciera propietario de la cosa donada hasta la muerte del donante.

Si en cambio el donante se había obligado por una "estipulación" el donatario no podía ejercer la acción "ex stipulatu", o la "condictio" sino después de la muerte del donante, que era el momento en el cual se perfeccionaba la donación.

En cuanto a las modificaciones que sufrieron las donaciones entre vivos unas quedaron extrañas a las donaciones mortis causa en tanto que otras les fueron aplicables.

Así, las disposiciones de la ley Cincia parece no haberles sido aplicables debido a la circunstancia de que el donante tenía en la revocación de la donación una protección suficiente contra las liberalidades excesivas. Sobre el régimen de la insinuación se duda si les fue aplicable o no, y tampoco se sabe con certeza si en el derecho justinianeo la convención de donar mortis causa se convirtió en un pacto legítimo como la convención de donar entre vivos, pues si bien es cierto que la Constitución por la cual Justiniano atribuyó fuerza obligatoria a la convención de donar está concebida en términos generales, también es cierto que el texto de las Institutas que se refiere a esta decisión, menciona sólo a las donaciones entre vivos.

Pero sea cual fuere la solución que se adopte, la cuestión carece de interés porque en ese mismo año Justiniano reglamentó especialmente las donacionse mortis causa declarándolas válidas con tal que fueran hechas, verbalmente o por escrito, en presencia de cinco testigos, eximiéndolas de la insinuación.

También asimiló Justiniano las donacones mortis causa a los legados, decidiendo que estarían sujetas a las mismas reglas que estos y producirían los mismos efectos.

Sin embargo, existen entre ambas instituciones diferencias importantes, como son:

a) La donación es independiente del testamento y puede pro-

ducir algunos efectos en vida del donante, en tanto que el legado está íntimamente ligado al testamento y produce sus efectos sólo después de la muerte del testador.

b) No existe ningún texto que afirme que la donación mortis causa haya sido como el legado un modo de adquirir.

CADUCIDAD DE LAS DONACIONES MORTIS CAUSA

Las donaciones mortis causa podían caducar en tres casos:

1º) Cuando fallecía el donatario antes que el donante.

2º) Cuando habiendo sido hecha la donación en un momento de peligro inminente de muerte, el donante sobrevivía al mismo.

3º) Cuando el donante revocaba la donación.

En cuanto a las consecuencias de la caducidad, había que distinguir si había sido hecha mediante una estipulación o por medio de un datio.

Si había sido hecha por una estipulación, la caducidad hacía perder al donatario su derecho de crédito contra el donante.

Si había sido realizada la donación por medio de una datio, había que distinguir dos situaciones:

a) Si había sido hecha la donación en forma pura y simple y el donante había conservado la posesión de la cosa, podía oponer contra la acción reivindicatoria del donatario la exceptio doli"; pero si el donatario tenía la propiedad y posesión de la cosa, como la propiedad de la cosa no volvía de pleno derecho al donante, y como la datio realizada al donatario no tenía ya causa, podía el donante ejercer contra el donatario la "condictio ob rem data", ya que se consideró a la operación como un negocio "do ut facias".

Por medio de esta acción la cosa le era devuelta al donante gravada con los derechos reales que sobre ella hubiera constituido el donatario, y en caso de que éste la hubiera enajenado sólo obtenía su valor, ya que no podía dirigir su acción contra el tercer adquirente. Ulpiano sin embargo sostuvo una solución más fa-

vorable a los intereses del donante afirmando la necesidad de que la propiedad le volviera de pleno derecho, permitiéndole ejercer para ello una "reivindicatio utilis", que seguía a la cosa en manos de cualquier persona a quien hubiera pasado. Esta solución se impuso durante el Bajo Imperio y fue consagrada por Justiniano.

b) Si la datio había sido hecha bajo condición suspensiva, mientras el acontecimiento previsto por las partes no se hubiera realizado, el donante que continuaba siendo propietario de la cosa, podía reivindicarla.

TEMA LI

EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES — PAGO — NOVACION — CONFUSION — COMPENSACION — ACCEPTILATIO — PACTO DE NON PETENDO — PERDIDA DE LA COSA — PRESCRIPCION — CAPITIS DEMINUTIO — MUTUO DISENTIMIENTO

Se denominan modos de extinción de las obligaciones, los acontecimientos que producen la disolución de éstas, los cuales no tienen todos los mismos caracteres ni producen idénticas consecuencias, por lo cual es necesario analizar cada uno de ellos en particular; pero, antes es conveniente señalar las diferencias que desde el punto de vista de su extinción existe entre las obligaciones penales y las que no lo son.

Las obligaciones penales, que consistían en una pena pecuniaria impuesta al delincuente, eran estrictamente personales, y por tanto no se transmitían a los herederos del ofensor, sino que se extinguían con su muerte; en tanto que si quien moría era el ofendido, los derechos que pudieran derivarse en su favor se trasmitían a sus herederos, salvo que se tratara de algún caso como el que derivaba de la injuria, de la "actio iniuriarum", que por corresponder a sentimientos de reacción personales se decía que respiraba venganza y se extinguía con la muerte del ofendido, a menos que éste ya hubiera intentado la acción.

En cambio, las reipersecutorias, cuyo objeto consistía en la reparación del daño causado por el delito, no se extinguían con la muerte del delincuente ni con la de la víctima, sino que su cumplimiento podía ser exigido por los herederos de éste y contra los herederos de aquél, pero sólo hasta la concurrencia del provecho que los herederos del ofensor hubieran obtenido del delito, por ser obligaciones que derivaban de un enriquecimiento injusto.

Si se trataba de obligaciones que derivaban de un contrato, la regla era que se trasmitieran a los herederos de las partes, tanto bajo su aspecto de créditos como de deudas, salvo en los casos

del crédito del adstipulator y el de la mujer para obtener la restitución de su dote, que no trasmitían a sus herederos, a menos que hubieran muerto después de haber intentado la acción; y la deuda de los sponsores y fideipromissores, que se extinguía con la muerte de estos, a no ser, respecto de los últimos que se tratara de peregrinos cuyo derecho nacional admitiera la trasmisión a los herederos.

Ahora bien, como el derecho romano en sus orígenes no conoció otras obligaciones contractuales que las del derecho civil, para cuya formación se requerían determinadas solemnidades, como las del nexum, las de la estipulación y las de los contratos litteris; y como posteriormente aparecieron otras obligaciones contractuales sancionadas por el derecho de gentes, para cuya formación no se exigió ya el empleo de formas sacramentales, como sucedió con los contratos reales y los consensuales; en virtud de la regla según la cual cada relación jurídica debía extinguirse por un procedimiento inverso (contrarius actus) de aquel que había servido para darle nacimiento, era natural que, así como había modos formales y no formales para la creación de las obligaciones, los hubiera también para su extinción.

Los modos de extinción de las obligaciones puede en general clasificárselos en la siguiente forma:

a) Voluntarios y necesarios. Los modos de extinción voluntarios eran aquellos que dependían de la voluntad de una de las partes o de ambas; y los necesarios los que no dependían de la voluntad de las partes sino de un acontecimiento externo. Eran voluntarios: el pago, la novación, la remisión de la deuda, etc.; y necesarios: la pérdida de la cosa debida, la confusión, la prescripción.

b) Generales y especiales. Eran generales aquellos que servían para la extinción de cualquier obligación, como el pago, la novación, el pacto de non pretendo, etc.; y especiales, los que sólo servían para extinguir determinada clase de obligaciones, como la acceptilatio para las nacidas verbis o litteris, el pago per aes et libram para las que surgían del nexum y el mutuo disentimiento para las derivadas de un contrato consensual.

c) Modos "ipso iure" y "exceptionis ope". Eran ipso iure, los modos que provocaban la extinción absoluta, definitiva e irrevoca-

ble de la obligación, como el pago, la novación, el mutuo disentimiento, la confusión, la pérdida de la cosa debida, etc.; y, exceptionis ope, los que no producían otro efecto que el procurar al deudor una defensa o excepción que le permitía paralizar la acción del acreedor, tales como la compensación o el pactum de non pretendo. En este caso la obligación no está en realidad extinguida, pero el resultado práctico es el mismo, puesto que el acreedor no puede derivar ya ninguna ventaja de ella.

Sin embargo, esta semejanza no es completa, pues hay entre estos dos modos de extinción diferencias muy notables, así:

1) El deudor, cuya deuda se extingue ipso iure, queda libre de una manera absoluta; en tanto que cuando la deuda se extingue sólo exceptionis ope, el deudor puede ser perseguido por el acreedor y condenado, si no opuso en su debida oportunidad la excepción correspondiente, de acuerdo a la naturaleza de la acción.

2) La obligación extingida ipso iure queda definitivamente anulada; en tanto que, si el deudor sólo tiene una excepción, la obligación está paralizada, pero continúa existiendo, y si la causa de donde nace la excepción llega a desaparecer, la obligación recobra toda su energía.

3) Finalmente, la extinción de la obligación ipso iure produce efecto respecto a todas las personas que se hallaban ligadas por la obligación; mientras que la excepción podía limitarse a determinados acreedores o deudores, dejando subsistente la obligación respecto a los demás.

Con esto se deja establecido que los modos de extinción exceptionis ope sólo afectaban la acción, dejando en cambio subsissistente el derecho del acreedor, mientras que los ipso iure lo extinguían. Además, los exceptionis ope no podían ser opuestos sino "in iure", o sea, ante el magistrado y bajo la forma de excepciones, mientras que los ipso iure podían hacerse valer en cualquier momento.

PAGO (SOLUTIO)

Solutio deriva de "solvere", que equivale a "desatar", con lo cual se trataba de expresar que con el pago quedaba disuelto el

vínculo de la obligación, aun cuando en los orígenes no era suficiente para disolver los vínculos derivados de los contratos formales o solemnes.

Se puede definir el pago como "el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación", ya que después de realizado la obligación no puede existir por carecer de objeto; queda extinguida de pleno derecho con todos los accesorios que no eran más que la garantía de su ejecución y que por tanto ya no tienen razón de ser, tales como prenda, hipoteca, fianza. Pero, para que esto ocurra, es decir, para que el pago produzca su efecto es necesario que sea válido, pues de lo contrario la obligación no se extingue y el acreedor conserva su acción contra el deudor. Importa pues analizar los requisitos necesarios para que un pago pueda considerarse válido, es decir, quien puede hacerlo, a quien debe pagarse, cuál debe ser su objeto, y cómo, cuándo y dónde debe efectuarse.

¿Quién puede pagar?

El pago puede ser realizado por el deudor, que era el obligado a hacerlo, como también por un tercero no obligado, ya que el acreedor no podía rechazar el pago realizado por este último sino en el caso de las obligaciones "intuitu personae", o sea aquellas en que las aptitudes y condiciones personales del deudor constituyeran el motivo determinante de la obligación, como ocurriría en el caso de una obra que debiera ejecutar un artista determinado, ya que en tal caso sólo éste podría dar cumplimiento a la prestación.

Era necesario que la persona que realizara el pago fuera capaz para hacerlo, pues si fuera un incapaz, como ocurriría con un pupilo que pagara sin la auctoritas del tutor, podía reivindicar la cosa que hubiera dado en pago y en consecuencia quedaba vigente la obligación. Sin embargo el acreedor podía rechazar la acción reivindicatoria por medio de una "exceptio doli" cuando el pupilo hubiera pagado una deuda propia ya vencida, ya que en tal caso no podía tener interés en exigir la restitución de la cosa entregada en pago, para tener que volverla a entregar inmediatamente.

Si el pago se realizaba para dar cumplimiento a una obligación de "dare", quien lo efectuaba debía ser propietario de la cosa

que entregaba ya que tenía que transferir su dominio. Si quien realizaba el pago no fuera propietario de la cosa que se entregaba con tal finalidad no habría sino una apariencia de pago, la obligación no se extinguía y el acreedor quedaba expuesto a la acción reivindicatoria que podía intentar el propietario; sin embargo el pago se hacía válido y el deudor quedaba liberado cuando el acreedor hubiera usucapido la cosa o la hubiera consumido de buena fe.

Si quien realizaba el pago era un tercero que había pagado por error, o sea creyendo extinguir una deuda propia, podía exigir la repetición de lo pagado y el verdadero deudor continuaba obligado, pero si el pago había sido realizado con pleno conocimiento de su carácter de tercero, con "animus donandi", o sea con el propósito de hacer una liberalidad al deudor, no tenía acción alguna contra éste para reclamarle el monto de lo pagado. Es la misma solución que correspondía, según la mayoría de los autores, en el caso del pago verificado por un tercero sin animus donandi y contra la voluntad del deudor.

Pero si el tercero pagaba con conocimiento de causa, sin animus donandi e ignorándolo el deudor, procedía como un gestor de negocios y podía intentar contra éste la "actio negotiorum gestorum contraria", para que le indemnizara en la medida en que el pago lo hubiera beneficiado; y si pagaba con conocimiento del deudor, que no se oponía a ello, en cuyo caso había un mandato tácito, o a pedido del deudor, que en tal caso le habría conferido un mandato expreso, podía intentar contra él para obligarlo a reembolsarle lo pagado, la "actio mandati contraria".

¿A quién debe pagarse?

El pago debe hacerse al acreedor o a su representante, como el tutor, el curador, el mandatario a quien se hubiera facultado especialmente para recibir el pago o una persona designada en el mismo contrato como el adiectus solutionis gratia. El pago hecho a cualquiera otra persona es nulo.

Era necesario además para que el pago fuera válido que la persona que lo recibía fuera capaz de hacer su condición peor, pues representando la aceptación de un pago la enajenación de un crédito y por tanto el empeorar su condición ya que dejaba de ser

acreedor, no podía recibirlo el pupilo sin la auctoritas del tutor. El pago hecho al pupilo sin que mediara tal auctoritas no extinguía el crédito y por tanto podía reclamar el pago de la obligación nuevamente del deudor, quedándole al deudor sólo el recurso de oponer a esta nueva acción la exceptio doli a los efectos de que se le considerara liberado hasta la concurrencia del enriquecimiento experimentado por el pupilo.

Objeto del pago y cómo realizarlo

El objeto del pago debe ser el cumplimiento de la prestación, que constituía el objeto mismo de la obligación. No se podía por tanto obligar al deudor a cumplir otra prestación sino la debida, ni al acreedor a aceptar otra aunque fuera de mayor valor, así como tampoco obligar a éste a que reciba pagos parciales.

De lo expuesto resulta que en las obligaciones que consistieran en un "dare" sólo se consideraba que el deudor había pagado, cuando hubiera transferido al acreedor la propiedad de la cosa debida; en las de "facere" cuando hubiera realizado el acto prometido y en las de "non facere" cuando se hubiera abstenido del hecho que se obligó a no realizar.

Estas reglas reconocen dos excepciones, representadas por los beneficios de: "dationis in solutum" (dación en pago) y "competentiae" (competencia).

Beneficio de "dationis in solutum" (dación en pago): Podía ocurrir que el deudor de una suma de dinero, no obstante ser una persona solvente, se encontrara en el momento de cumplir su obligación sin disponer del dinero en efectivo necesario para darle cumplimiento. En tal caso podía ofrecer al acreedor una dación en pago y saldar su obligación mediante la entrega de una cosa distinta a la prometida, mueble o inmueble. Si el acreedor se negaba a recibir el pago en esa forma, no le quedaba al deudor otra solución sino permitir que se siguiera contra él la ejecución tendiente a convertir sus bienes en dinero, para cumplir lo convenido; pero, si ocurría que no se encontrara comprador para los bienes del deudor, el acreedor tenía que consentir en que estos le fueran adjudicados, aceptando por fuerza de las circunstancias el ofrecimiento que voluntariamente le había hecho el deudor y que él había rechazado. Para evitar los perjuicios derivados de esta situa-

ción, Justiniano decidió que todo deudor de una suma de dinero que no tuviera numerario ni efectos muebles con que hacer el pago pudiera, si no encontraba comprador para sus inmuebles, obligar al acreedor a recibirlos en pago, por un precio que debía ser determinado por el juez.

Beneficio de "competentiae" (competencia): Debe su origen a la situación planteada por los deudores que habían hecho una "cessio bonorum" (cesión de bienes), o sea que habían cedido sus bienes a sus acreedores, quienes podían luego perseguirlos sobre los que posteriormente adquirieran hasta pagarse íntegramente la deuda. Durante la época imperial se admitió que el deudor perseguido por los acreedores en virtud de las adquisiciones posteriores a la cesión pudiera oponerles el beneficio de competencia, en virtud del cual no se le podía condenar a pagar más de lo que buenamente pudiera, de modo que se le dejara lo necesario para la subsistencia conforme a su posición social.

Este beneficio era estrictamente personal y no aprovechaba a los herederos ni a los fiadores del deudor, y cesaba cuando el deudor mejoraba de fortuna, como ocurría si recibiera una herencia, legado o donación que le permitiera hacer frente al pago de su deuda. Su efecto no consistía por tanto en extinguir el saldo impagado de la deuda, sino en subordinarlo al cumplimiento de la condición de que el deudor mejorase de fortuna.

Cuando debía pagarse

La oportunidad en que debía realizarse el pago variaba con la clase de obligación de que se tratara.

En las obligaciones puras y simples el acreedor podía exigir el pago en cualquier momento y si el deudor no lo realizaba inmediatamente incurría en mora.

En las obligaciones a término, había que distinguir si éste había sido establecido en beneficio del deudor, del acreedor o de ambos. Si el término fue establecido en favor del deudor, no podía el acreedor reclamarle el pago antes del vencimiento, pero podía el deudor renunciar a él y efectuar el pago y si procedía en tal forma no podía luego repetir el pago puesto que había pagado lo que debía, ya que el término sólo suspendía la exigibilidad de la

obligación. Si el término fue establecido en favor del acreedor, éste podía exigir del deudor el pago de la obligación antes del vencimiento, pero el deudor no puede obligar al acreedor a recibirle el pago antes de que venza el plazo. Finalmente, si el término o plazo fue establecido en beneficio de ambas partes, ni el acreedor puede exigir el pago antes del vencimiento del término ni el deudor verificar el pago hasta ese momento.

En las obligaciones subordinadas a una condición suspensiva el deudor no podía ser obligado a pagar antes de que la condición se cumpliera, y si había pagado antes de que tal acontecimiento ocurriera podía exigir la repetición de lo pagado mediante la condictio indebiti, pues hasta tanto no se cumpliera la condición la obligación no había nacido.

Donde debía pagarse

El lugar en que debía efectuarse el pago era el que las partes hubieran establecido en la convención. Si nada se había establecido en el contrato había que distinguir si se trataba de una cosa cierta o incierta, si es de cosas ciertas en el lugar donde estas se encuentren y si es de cosas inciertas en el domicilio del deudor.

Prueba del pago

La prueba del pago correspondía a quien lo invocaba y podía realizarse por cualquiera de los medios admitidos, como documentos, testigos, etc.; pero si la deuda constaba en un documento que emanara del deudor, el pago no podía probarse sino por otro documento otorgado por el acreedor o en su defecto por la declaración de cinco testigos.

Los documentos o recibos suscritos privadamente por el acreedor no constituían prueba sino después de los treinta días de su otorgamiento, ya que hasta entonces aquel podía oponerles la "exceptio non numeratae pecuniae".

El pago se presumía cuando el acreedor hubiera destruido o inutilizado el título justificativo del crédito o cuando lo hubiera devuelto el deudor; y tratándose de contribuciones públicas, la

prueba del pago de las tres últimas anualidades hacía presumir el pago de las anteriores.

Imputación del pago

Cuando el deudor tuviera varias deudas contraídas con el mismo acreedor y realizara un pago parcial podía señalar cual de las deudas pretendía extinguir, o sea a cual de ellas debía imputarse el pago realizado. Si él no lo hacía podía hacerlo el acreedor quien, debía proceder al hacer la imputación, como si él fuera el deudor. En consecuencia, tendría que imputar el pago en primer término a la deuda más onerosa, ya que había que presumir que ésta era la que tenía interés el deudor en extinguir cuanto antes. Si todas fueran igualmente onerosas debía de imputarse el pago a la más antigua, y por último siendo todas igualmente onerosas y de la misma antigüedad, se haría una imputación proporcional.

El acreedor tenía el derecho de imputar el pago realizado a cubrir primero los intereses y el remanente al capital adeudado, no pudiendo ser obligado por el deudor a realizar la imputación en sentido inverso.

Consignación

Podría ocurrir que estando dispuesto el deudor a realizar el pago, no pudiera realizarlo: por ausencia del acreedor, que no hubiera dejado un representante con poder suficiente para recibirlo, por negarse el mismo acreedor a recibirlo, porque el acreedor fuera desconocido o porque fuera incapaz y no tuviera representante legal; en tales casos debía el deudor consignar la suma o cosa ofrecida, o sea depositarla en un templo, en casa de los banqueros o en algún otro lugar designado por el juez a tal efecto, y si se trata de inmuebles colocarlos en secuestro.

La consignación presentaba para el deudor la ventaja de producir los mismos efectos que el pago, pues lo liberaba extinguiendo tanto la deuda como sus accesorios; sin embargo, mientras el acreedor no se hubiera hecho cargo de las cosas consignadas podía el deudor retirarlas, en cuyo caso la obligación renacía con todas sus consecuencias.

Si el deudor se limitaba a hacer ofertas reales de pago al

acreedor sin proceder a la consignación, no se liberaba, pero se producía la mora del acreedor de la cual resultaban para él las siguientes ventajas: a) dejaban de correr los intereses que devengara la obligación; y, b) los riesgos a que se hallaba expuesto el objeto de la prestación, corrían desde ese momento por cuenta del acreedor, aun cuando se tratara de cosas apreciables in genere, ya que la oferta de pago tenía la ventaja de individualizarlas.

NOVACION

Bonfante define la novación diciendo que es "la constitución mediante contrato formal de una nueva obligación, que debe sustituir y, por lo tanto, extinguir a la antigua".

Para que tenga lugar la novación debían por tanto concurrir los requisitos siguientes:

1º.—Una obligación antigua que se extinguiera, sin que importara su naturaleza, civil o natural, verbal, real o consensual.

2º.—Una obligación nueva, nacida de un contrato formal; obligación esta que podía ser civil o natural, con tal de que la nueva procediese de un contrato formal como la estipulación aun cuando de ella no surgiera acción para el estipulante. Así si un acreedor ha estipulado de un pupilo sin la auctoritas del tutor lo que le debía su deudor, se había realizado una novación pues se había sustituído la antigua obligación civil por una obligación natural.

3º.—Que las partes tuvieran la intención de realizar una novación y no la de crear una nueva obligación que se agregara a la anterior. Sin embargo, se duda que este elemento intencional, el "animus novandi" exigido en el derecho clásico y reglamentado por el derecho justinianeo fuera un requisito indispensable de la novación en la época antigua, ya que en esa época el efecto de los actos era determinado por su forma y no por la intención de los otorgantes.

Por tanto la primitiva obligación desaparecía con la nueva estipulación siempre que ésta recayera sobre el mismo objeto, pero tratándose de una cuestión de formas, no se recurría a ellas sino cuando se quería realizar una novación.

Una vez desaparecido el formalismo, el factor objetivo de la novación se sustituye por otro subjetivo que es, precisamente el "animus novandi"; y una vez establecido este régimen se terminó por reconocer que la novación no se presume y que la voluntad de realizarla debe resultar claramente del acto; y que, siempre que pudiera surgir alguna duda sobre este punto, la obligación anterior subsistiría para agregarse a la nueva.

4º.—Que la nueva obligación tuviera el mismo objeto que la anterior, requisito este que tenía su importancia en la época primitiva, cuando no se conocía el animus novandi, para establecer si con la nueva estipulación se haría una novación o se crearía una nueva obligación que se adicionaría a la anterior.

Sin embargo, los jurisconsultos de la época clásica admitieron que la nueva obligación tuviera otro objeto, siempre que consistiera en la estimación pecuniaria del objeto de la primera; pero el derecho pretoriano avanzó más al admitir que cuando las partes hubieran querido hacer una novación por cambio de objeto, el deudor demandado por el acreedor por la primitiva obligación, podía rechazar esta acción por medio de la "exceptio pacti". Y, por último, el derecho de Justiniano admitió que el cambio de objeto de la obligación causara novación, siempre que concurriesen los demás requisitos indispensables para que éste tuviera lugar.

5º.—Un elemento nuevo que permita distinguir a la nueva obligación de la anterior. Este elemento nuevo podía consistir, en una modificación de la naturaleza del crédito, como en la adición o supresión de una modalidad, como en un cambio en las personas que han contratado: el sujeto activo, el pasivo o ambos.

En los dos primeros casos se trataría de una novación objetiva y en el último de una novación subjetiva.

a) Cambio en la naturaleza del crédito. Tenía lugar por ejemplo, cuando se transformaba una obligación delictual en otra contractual y de derecho estricto, que no se extinguiría con la muerte del deudor sino que se trasmitiría a sus herederos. Igual ocurría cuando se convertía una obligación contractual de buena fe, como sería la que surgiera de una venta, en otra también contractual pero de derecho estricto, como la que derivara de una estipulación.

b) Adición o supresión de una modalidad. Si la obligación primitiva entre las mismas personas procedía ya de un contrato formal, la novación podía realizarse agregando o suprimiendo una condición, un término, un cargo o una fianza, etc.

Estos casos no ofrecían dificultad alguna, salvo cuando se tratara de la adición o supresión de una condición. En efecto, tratándose de una nueva obligación condicional que debía sustituir a otra pura y simple, ésta no quedaría extinguida hasta tanto no se cumpliera la condición de la segunda, pues ésta no llegaría a existir sino cuando se cumpliera la condición, y uno de los requisitos esenciales de la novación era la existencia de una obligación antigua y de otra nueva que extinguiera a la primera. Igual cosa ocurría cuando la primitiva obligación era condicional y la segunda pura y simple, en que la novación no se consideraba perfecta mientras la condición a que la primera se hallaba subordinada, no se hubiera cumplido.

c) Cambio en las personas que han contratado. Podía tratarse de un cambio de acreedor, de deudor o de ambos.

1) Cambio de acreedor. Tenía lugar cuando un tercero estipulaba del deudor lo que éste debía al acreedor originario. Esto no debe confundirse con la cesión de créditos ni con la delegación.

Es cierto que en los orígenes la novación por cambio de acreedor fue el único medio de llevar a cabo la cesión de un crédito, pero cuando la cesión adquirió fisonomía propia se distingue perfectamente de la novación porque no exige como ésta la conformidad del deudor, ni extingue como ella la obligación primitiva con todos sus accesorios, sino que se trata simplemente de la misma obligación que ha cambiado de sujeto activo.

La delegación, que consistía según Ulpiano, en "dar en lugar suyo otro deudor al acreedor", podía producir efectos novatorios, al sustituir un acreedor por otro, como en el caso siguiente: Secundus deudor de Primus y acreedor de Tertius, encargaba a este último se obligara hacia Primus, consiguiéndose en definitiva mediante ese procedimiento la liquidación de dos obligaciones con un solo pago. Si al realizarse la operación Primus (delegatario) consentía en exonerar a Scundus (delegante) de su obligación, caso en el cual la delegación es perfecta, Secundus quedaba excluido y

se habría operado una novación por cambio de acreedor o de deudor, según el aspecto bajo el cual se la considere, pues para Tertius se trataría de una novación por cambio de acreedor, ya que dejaba de ser deudor de Secundus para serlo de Primus; en tanto que para Primus la novación se había producido por cambio de deudor desde el momento que ya no era acreedor de Secundus sino de Tertius (delegado).

Pero si el delegatario no aceptaba la exoneración del delegante, delegación imperfecta, tendría dos deudores: el delegante y el delegado, aunque no podía exigir el cumplimiento de la obligación sino una sola vez. En tal caso la delegación no tenía efecto novatorio.

2) Cambio de deudor. La novación se producía en este caso cuando un nuevo deudor se obligaba en lugar del primero. Suponía el consentimiento del acreedor, quien no podía ser obligado a cambiar de deudor contra su voluntad. En cambio podía prescindirse de la conformidad del deudor liberado, precisamente cuando el nuevo deudor se obligaba, no a solicitud del primitivo, sino espontáneamente, se decía con preferencia que había "expromissio".

Lo mismo que en el caso de la novación por cambio de acreedor, debe distinguirse la novación por cambio de deudor de la delegación, para lo cual concurren las mismas razones ya mencionadas.

Efectos de la novación

Dos eran los efectos esenciales de la novación:

1º.—La extinción de la obligación primitiva con todos sus accesorios, fueran garantías reales o personales. Ello no impedía sin embargo que las partes pudieran convenir expresamente que subsistieran tales garantías, en cuyo caso la nueva obligación contaría con las mismas seguridades que la anterior.

2º.—La creación de una nueva obligación, independiente de la anterior y contra la cual no podía el deudor oponer las excepciones que procedían contra la antigua, a no ser que estas derivaran de causas que determinaran la nulidad de la obligación, ya que entonces faltaría uno de los elementos indispensables para que pudiera tener lugar la novación, como era la existencia de una obligación primitiva válida.

CONFUSION

Era la reunión en la misma persona de la condición de deudor y de acreedor de una misma obligación. Era un modo de extinción "ipso iure".

La confusión tenía casi siempre lugar por sucesión universal, bien porque el acreedor herede al deudor, bien porque el deudor herede al acreedor o bien porque la misma persona herede a la vez al acreedor y al deudor. Pero la obligación no se extinguía sino en la medida en que se producía la confusión, de manera que si el deudor era heredero único del acreedor la extinción era total, pero si eran varios los herederos y el deudor sólo había heredado del acreedor la cuarta parte sólo se extinguía la cuarta parte de la deuda que era la medida en que se producía la confusión.

La confusión al igual que el pago, extinguía de pleno derecho la obligación. Pero como ella no representaba sino un obstáculo para la ejecución de la obligación más que una verdadera causa de extinción, si las cualidades de acreedor y de deudor que estaban reunidas se separaban de nuevo la obligación recuperaba toda su eficacia. Esto es lo que ocurría en el caso del deudor que hubiera sucedido al acreedor y que luego se viera privado de la herencia por haberse declarado inoficioso el testamento. (Paulo).

Si la confusión había tenido lugar entre el acreedor y el deudor principal y la obligación estaba garantizada con fiadores, estos quedaban liberados; pero si la confusión se había producido entre el acreedor y uno de los fiadores, subsistía la obligación para el deudor principal como para los otros fiadores.

En el caso de una obligación correal o solidaria si la confusión se producía entre el acreedor y uno de los deudores correales, se extinguía la obligación sólo respecto a éste, pero susbstiría para los demás, quedando naturalmente obligado el acreedor a deducir la parte proporcional del crédito que le correspondería pagar al deudor liberado, si existía entre los diversos deudores un convenio que hiciera común el resultado final de la deuda, como ocurriría si fueran socios.

COMPENSACION

La compensación tenía lugar cuando dos personas son entre sí

recíprocamente acreedoras y deudoras, en cuyo caso las dos deudas quedaban extinguidas si eran del mismo monto, o reducidas a una cuyo importe representaba la diferencia existente entre ambas. Esto resultaba ventajoso para las dos partes pues cada una de ellas tenía más interés en pagarse a si misma que en correr el riesgo de la insolvencia de la otra parte.

El derecho romano, no llegó a admitir como lo hace el derecho moderno, la compensación legal que es la que opera de pleno derecho desde el momento en que las dos obligaciones comienzan a coexistir, sino que sólo admitió la compensación judicial, que es aquella que decreta el juez a solicitud del demandado que a su vez es acreedor del demandante.

No existe certidumbre de las reglas que regían la compensación sino a partir de la introducción del procedimiento formulario, las cuales consistieron en lo siguiente:

En los juicios de buena fe, o sea aquellos a los cuales daban origen los contratos sinalagmáticos, el demandado podía oponer la compensación por vía de excepción siempre que el crédito que invocaba contra el actor procediese de la misma causa que el de éste. Así, el mandatario accionado por el mandante, puede oponer en compensación el crédito que resulta para él de los gastos que ha hecho, pues las dos obligaciones tienen la misma fuente, el mandato.

Las dos deudas debían ser exigibles, para que la compensación fuera posible, pues a nadie se puede obligar a pagar antes del vencimiento; pero, poco importaba el objeto de la obligación pues teniendo que ser siempre pecuniaria la condena, el juez mismo transformaba en dinero el objeto de la deuda, antes de hacer la compensación.

Si las obligaciones no eran de buena fe o si provenían de causas diferentes, el juez no podía hacer la compensación, sino que cada parte debía ejercitar separadamente su acción. En la práctica cuando el demandante había obtenido del magistrado la fórmula para poder proceder contra el deudor, éste que era también acreedor obtenía a su vez del magistrado una fórmula distinta para poder proceder contra su deudor, siendo remitidos los dos pleitos al mismo juez quien sentenciaba separadamente cada uno de

ellos, y aun cuando las dos deudas fueran reconocidas y liquidadas por la condena pecuniaria, no tenía el juez el derecho de compensarlas.

Las reglas precedentes no tenían aplicación en los casos siguientes:

a) Cuando un banquero (argentarii) quería actuar contra un cliente para el cboro de lo que éste le adeudara, estaba obligado a hacer la compensación de lo que él le debía con lo que el cliente le debiera, pues no podía accionarlo sino por el excedente de su crédito sobre su deuda, bajo pena de cometer una "plus petitio" y exponerse en consecuencia a perder su derecho. Esta compensación tenía que hacerla aun para deudas nacidas de causas diferentes, pero era necesario que estuvieran vencidas y que tuvieran por objeto cosas del mismo género.

b) El del bonorum emptor, adquirente del patrimonio de un insolvente, que debía descontar de lo que el deudor perseguido debiera al fallido, el crédito que ese mismo deudor tuviera contra aquel; pero, si el bonorum emptor no había hecho deducción del crédito que tenía el deudor previamente a la demanda, no incurría en "plus petitio" puesto que él no se hallaba en condiciones de saber, en cada caso, si el deudor contra el cual iba a accionar era titular de algún crédito contra el fallido. Además el bonorum emptor debía permitir la deducción aun cuando se tratara de deudas no vencidas o que tuvieran por objeto cosas de distinto género.

El emperador Marco Aurelio decidió por un rescripto que en lo sucesivo la compensación puede ser admitida cuando el acreedor ejercite una acción de derecho estricto, ya que procedía de mala fe y en consecuencia el demandado podía oponer contra su acción la excepción de dolo, al acreedor que reclame el pago de una deuda cuando él es a su vez deudor de la persona a la cual demanda.

La reforma de este emperador al autorizar la compensación en las acciones de derecho estricto, permite implícitamente compensar las deudas nacidas de causas distintas, pues la acción de derecho estricto sanciona siempre una relación unilateral y la deuda opuesta en compensación por el demandado no puede nacer por tanto sino de una causa diferente; y es lógico pensar que esta misma disposición fuera aplicada a las acciones de buena fe.

Desde la época del emperador Diocleciano el procedimiento formulario, en que la condena era siempre pecuniaria, deja de tener vigencia para ser sustituido por el procedimiento extraordinario, en que el acreedor puede obtener el objeto de su crédito, lo cual dificulta la aplicación de las reglas de la compensación; y ya no existe diferencia alguna entre las obligaciones de derecho estricto y las de buena fe, por lo cual la compensación se aplicaba aun cuando las causas fueran distintas, en todos los casos; y por ello Justiniano refundió la institución en una Constitución del año 531 en la cual además de dejar vigente la reforma anterior, establece que la compensación opera de pleno derecho sin que haya diferencia alguna entre las acciones reales y personales. Por tanto en el derecho justinianeo los requisitos de la compensación fueron:

a) Que dos personas fueran recíprocamente acreedoras y deudoras entre sí.

b) Que ambas deudas fueran exigibles, o sea que estuvieran vencidas y que fueran válidas civil o naturalmente.

c) Que las prestaciones objeto de ambas obligaciones fueran cosas fungibles de la misma especie.

d) Que ambas deudas fueran líquidas, es decir, que la existencia y monto de las mismas resultara debidamente justificada.

e) Que los créditos existieran exactamente entre las mismas personas. Así, el deudor perseguido en nombre de un pupilo, no podía oponer en compensación el crédito que tuviera contra el tutor. En cambio el fiador podía oponer en compensación al acreedor lo que éste debía al deudor principal.

Sin embargo, la compensación no se admitía en el derecho justinianeo, en los casos siguientes:

1) Contra quien demandaba la restitución de cosas entregadas en depósito, aunque fuera en depósito irregular.

2) Contra quien reclamaba la restitución de una cosa de la cual había sido despojado.

3) Contra los créditos del Fisco o de los Municipios.

ACCEPTILATIO (ACEPTILACION)

Consiste en un procedimiento de extinguir las obligaciones derivadas de un contrato verbal, especialmente de la estipulación. Como la estipulación, era un acto realizado oralmente entre personas presentes, mediante una pregunta del deudor y una respuesta del acreedor. El deudor interrogaba: "¿quod ego tibi promisi habesne acceptum?" (¿tienes por recibido lo que te debo?) y el acreedor respondía: "habeo" (lo tengo).

Durante la época clásica se empleó la acceptilatio para extinguir toda clase de obligaciones, para lo cual se comenzaba por transformar la obligación que se quería extinguir por este procedimiento en una estipulación, mediante una novación, y luego se realizaba la acceptilatio. Esta fórmula que fue ideada por el jurisconsulto Aquilius Gallus y por ello se la denominó "estipulación Aquiliana", permitió transformar en una estipulación todas las obligaciones que tenía una persona hacia un mismo acreedor, para luego ser extinguidas por una acceptilatio.

La acceptilatio es un pago ficticio, "imaginaria solutio", ya que cuando el acreedor da por recibido lo que le adeudaba el deudor se considera como pagado, por lo cual ofrecía la ventaja de servir como medio para efectuar una remisión de la deuda.

En cuanto a sus efectos, la acceptilatio extinguía de pleno derecho la deuda con todos sus accesorios, desde el momento en que equivalía a un pago; y podía ser opuesta en cualquier etapa del juicio. Por tanto, realizada con el deudor principal aprovechaba a los fiadores, efectuada por uno de los acreedores correales o solidarios liberaba al deudor con respecto a los demás acreedores correales y realizada con uno de los deudores correales, libera también a los demás deudores solidarios.

PACTO DE NON PETENDO

Es el acuerdo o convención no formal por el cual el acreedor se comprometía a no exigir del deudor la realización de la prestación. Este acuerdo podía manifestarse bien oralmente o por escrito y aun tácitamente, como cuando el acreedor entregaba al deudor el instrumento que contenía la prueba del crédito.

Este pacto al igual que la acceptilatio cumplía una función

liberatoria, pero se distingue de ésta en que no produce la extinción de la obligación ipso iure sino que daba lugar a una excepción, la "exceptio pacti conventi", mediante la cual el deudor demandado paralizaba la acción del acreedor que lo perseguía en violación de lo convenido.

Además, a diferencia también de lo que ocurre con la acceptilatio, podía establecerse a término o bajo condición y revocarse por un acto en sentido contrario.

Este pacto es aplicable a toda clase de obligaciones, pero sólo daba lugar a una excepción en favor del deudor, salvo en el caso de que se tratara de una obligación natural o de una obligación que fuera consecuencia de un delito de hurto o de injuria, casos en los cuales producía su extinción de pleno derecho; pues si bien la obligación natural se originaba de una convención era lógico que una convención pudiera también extinguirla, y en cuanto a la obligación que surgía como consecuencia de un delito de hurto o de injuria, en virtud de que si el acreedor puede dejar perecer estas obligaciones no ejerciendo su acción, con mayor razón debe poder anularlas por una manifestación de voluntad.

Por otra parte, la obligación paralizada por la excepción de pacto de non pretendo recobra su energía cuando esta excepción es paralizada a su vez por una réplica, alegándose por ejemplo que había sido obtenido con dolo o que las partes habían devuelto su eficacia a la obligación mediante un pacto posterior.

En el derecho justinianeo se distinguió el pacto de non petendo "in rem" del "in personam". El "in rem" tenía eficacia general, era útil por tanto al codeudor, al heredero y al fiador; el "in personam", limitaba su eficacia sólo a determinadas personas. Para determinar en cada caso si el pacto había sido concebido "in rem" o "in personam", había que atender a los términos de la convención y a la intención presunta de las partes, y en caso de duda debía resolverse en el sentido de que era "in rem", o sea en el sentido más favorable al deudor.

PERDIDA DE LA COSA

La pérdida de la cosa que constituía el objeto de la obligación hacía extinguir ésta de pleno derecho cuando se trataba de

un cuerpo cierto que ha perecido por caso fortuito o fuerza mayor, pues si la cosa pereció por dolo o culpa del deudor sería responsable de los daños e intereses; y siempre que el deudor no hubiera incurrido en mora, pues en este caso aun pereciendo la cosa por caso fortuito corren a cargo suyo los riesgos a que se hallaba expuesta la cosa debida.

Cuando la obligación tenía por objeto cosas in genere, la pérdida de las cosas que el deudor hubiera destinado a solventar su obligación, no la extinguían y el deudor estaba obligado a obtener otras del mismo género y calidad y en igual cantidad para solventar su obligación, pues el género y la cantidad nunca perecen.

Es de observar que tratándose de un cuerpo cierto el deudor no queda liberado sino por la pérdida total de la cosa, pues si se trata de la pérdida parcial o deterioro de la misma, para quedar liberado de la obligación, debe entregar la cosa al acreedor en el estado en que ésta se encuentre.

PRESCRIPCION

La prescripción liberatoria que es la que constituye una causa de extinción de las obligaciones, podría definírsela como "la extinción de la obligación por el transcurso de un determinado período de tiempo sin que el acreedor hubiera exigido su cumplimiento".

De esta definición resulta que se requiere la concurrencia de dos elementos: a) el transcurso del tiempo; y, b) la inactividad del acreedor.

La prescripción liberatoria era desconocida en el derecho romano antiguo y aun en la época clásica, ya que hasta entonces las obligaciones civiles eran consideradas perpetuas e imprescriptibles, con muy pocas excepciones; pero no así las obligaciones pretorianas que prescribían al año que era el tiempo durante el cual duraba este magistrado en sus funciones.

Fue por una Constitución de Teodosio II del año 424 d. C. cuando se establece la primera ley general sobre prescripción que dispone que el término de prescripción de las acciones es de treinta años. Había sin embargo excepciones, como la de la acción hipo-

tecaria, que según una Constitución del emperador Justino, prescribe a los cuarenta años; que Justiniano por la Novela III del año 541, redujo a cuarenta años el término de prescripción de las acciones pertenecientes a las Iglesias e instituciones pias, que en el Código se había fijado en cien años, y que el mismo Justiniano fijara en cincuenta años el término para la prescripción de la acción de repetición de lo pagado en virtud de juegos prohibidos. Todo ello, aparte de la imprescriptibilidad de las acciones del Fisco para el cobro de impuestos adeudados, establecida por el emperador Anastasio en una Constitución del año 491.

Los diversos plazos señalados por las Constituciones Imperiales comienzan a correr desde que las acciones del acreedor puedan ser intentadas, y por tanto, el término para la prescripción de la acción en las obligaciones a plazo comienza a correr desde el momento del vencimiento de éste, en las obligaciones condicionales desde el momento en que se cumple la condición y en las obligaciones puras y simples desde el momento mismo de la conclusión del contrato. Cuando se trate de una obligación que deba cumplirse por medio de pagos periódicos, la prescripción corre separadamente para cada período; pero si se trata de los intereses de un capital, la prescripción corre para el capital desde el último pago de intereses y si la obligación vence después, desde la fecha del vencimiento.

Ahora bien, el curso de la prescripción podía interrumpirse y suspenderse. La interrupción anulaba el intervalo transcurrido hasta el momento en que sobrevenía la causa que la provocaba, de modo que la prescripción no podía cumplirse sino transcurriendo nuevamente todo el plazo exigido por la ley. La suspensión, por lo contrario, era una simple detención del curso de la prescripción mientras subsistiera la causa que la producía, de manera que una vez que ésta desapareciera, la prescripción continuaba corriendo, agregándose el tiempo posterior al anterior.

En Roma la prescripción se suspendía cuando el acreedor no estaba en condiciones de ejercer su derecho, como en el caso de los impuberes, según una Constitución de Teodosio II y Honorio. Supongamos que un paterfamilias dejaba transcurrir diez años desde el vencimiento de un crédito sin exigir del deudor su cumplimiento y fallecía luego, sucediéndole su hijo que sólo tenía nueve años de edad. En este caso el curso de la prescripción se suspendía hasta

que el menor llegara a la edad de la pubertad o sea a los catorce años, de modo que se suspendía durante cinco años, por lo cual el deudor no podía oponer válidamente la prescripción sino después de que hubieran transcurrido treinta y cinco años en lugar de treinta.

En Roma, la prescripción se interrumpía, por la acción judicial contra el deudor, desde el momento en que se le notificara la demanda, según Justiniano, ya que en el período anterior se exigía que hubiera tenido lugar la litis-contestatio. Y, también se interrumpía por el reconocimiento expreso o tácito que hiciera el deudor de los derechos del acreedor, como ocurriría si le pagara intereses o le suscribiera un nuevo documento.

CAPITIS DEMINUTIO

Como anotamos anteriormente en el **TEMA XIV**, Volumen I, págs. 188 y 189 de estas Lecciones, las deudas del capitis minutus se extinguían y sólo subsistían, por razones de orden público, las que fueran consecuencia de delitos que hubiere cometido el sujeto antes de caer en capitis deminutio.

Pero, como esta solución del derecho civil era contraria a la equidad, puesto que permitía a aquel a quien se trasmitían los bienes del capitis minutus enriquecerse a expensas de los terceros que habían contratado con éste, el pretor acudió en defensa de estos acreedores, disponiendo como dijimos anteriormente, que en caso de capitis deminutio mínima, se considerara como no existente y restituía a los acreedores sus acciones contra el capitis minutus; y en caso de capitis deminutio máxima o media, los acreedores pueden ejercer sus acciones contra aquellos que han recogido los bienes del deudor reducido a esclavitud o privado del derecho de ciudadanía.

Sólo nos queda por añadir que mientras la capitis deminutio fue admitida como medio de extinción de las obligaciones, no produjo sus efectos ipso iure, sino que debió ser opuesta bajo la forma de excepción.

MUTUO DISENTIMIENTO

Este modo de extinción de las obligaciones, llamado también

"contrarius consensus", constituía el "contrarius actus" de los contratos consensuales. Se trata en realidad de un modo de extinción de las obligaciones por simple pacto, pero a diferencia de lo que ocurre con el pacto de non petendo, opera "ipso iure".

Es de observar, que las obligaciones derivadas de un contrato consensual no se extinguían por el mutuo disentimiento, sino a condición de que aquel no hubiera aun sido cumplido por ninguna de las partes contratantes, o sea que las cosas se encontraran en el mismo estado en que se hallaban antes de la celebración del contrato. Sin embargo, cuando una de las partes había ejecutado ya su obligación, se admitió que el mutuo disentimiento podía aun producir su efecto si las cosas eran previamente restablecidas a su estado primitivo. Así, si tratándose de una venta, el vendedor había entregado ya la cosa, puede ser disuelto el contrato por mutuo disentimiento si el comprador restituye la cosa vendida; pero, si no se realiza esta restitución, o si se ha hecho imposible porque la cosa ha perecido, el mutuo disentimiento ya sólo puede tener efecto de un pacto de remisión o de non petendo y procura sólo una excepción de pacto a la parte que no ha ejecutado su obligación.

BIBLIOGRAFIA

Abouhamad Hobaica, Chibly — Anotaciones y Comentarios de Derecho Romano I — Editorial Sucre C. A. — Caracas, 1968.

Accarias, C. — Precis de Droit Romain — Edit. A. Cotillon, 1882.

Antokoletz, Daniel — Tratado de Derecho Romano — Editorial Librería Ateneo — Buenos Aires, 1930.

Arangio Ruiz, Vicenzo — Instituciones de Derecho Romano — Editorial Depalma — 1952.

Artiles, Sebastián — Apuntes de Derecho Romano, I y II.

Bello, Andrés — Derecho Romano. — Comisión Editora de las Obras de Andrés Bello — Ministerio de Educación — Caracas, 1959.

Bonfante, Pietro — Instituciones de Derecho Romano — Edit. Reus S. A.

Camus, E. F. — Curso de Derecho Romano — Edit. Universidad de La Habana — 1943, 1946 y 1951.

Carames Ferro, José — Curso de Derecho Romano — Edit. Perrot, 1958.

Costa, Emilio — Derecho Romano Público y Privado — Edit. Reus — Madrid, 1930.

Dihigo, Ernesto — Apuntes de Derecho Romano — Edit. Lex — La Habana, 1951.

Foignet, René — Manual Elemental de Derecho Romano — Edit. José M. Cajica — Puebla, México, 1948.

Girard, D. F. — Manual Elemental de Derecho Romano — Edit. Arthur Rosseau, 1911.

Graterol Roque, Manuel — Derecho Romano, Tomo I — Edit. Universidad Católica Andrés Bello — Caracas, 1962.

Hurtado Olivero, Agustín — Derecho Romano, Introducción y Períodos de su Historia — Caracas, 1964.

Ihering Von, Rodolfo — El Espíritu del Derecho Romano — Revista de Occidente — Buenos Aires, 1957.

Jorquera, Francisco — Derecho Romano, Tomo I — Edit. Jurídica de Chile, 1953.

Iglesias, Juan — Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado — Editorial Ariel — Barcelona, 1958.

Kunkel, Jous — Derecho Privado Romano — Edit. Labor — 1937.

Mackenzie — Derecho Romano — Edit. Gongora — Madrid, 1875.

Margadant, Guillermo — Derecho Romano — Edit. Esfinge — México, 1960.

Montes, Angel Cristóbal — Curso de Derecho Romano (Derecho de Obligaciones) — Facultad de Derecho, U.C.V. — 1964.

Oderigo, Mario — Sinopsis de Derecho Romano — Edit. Depalma — 1957.

Ortolan, M. — Explicación Histórica del Emperador Justiniano.

Petit, Eugene — Tratado Elemental de Derecho Romano — Editorial Saturnino Calleja S. A. — Madrid, 1926.

Rodríguez, José Santiago — Elementos del Derecho Romano — Tipografía El Comercio — Caracas.

Ruiz Carrillo, Rafael — Derecho Romano II — Vol. I. Obligaciones. —

Sanabria, Edgar — Apuntes de Derecho Romano.

Shom, Rodolfo — Instituciones de Derecho Privado Romano — Edit. Revista de Derecho Privado de Madrid, 1936.

Spinetti Dini, Luis — Escritos de Razón Distinta — Universdiad de Los Andes — Mérida, 1972.

Vogel, Carlos Alfredo — Historia del Derecho Romano — Edit. Perrot — Buenos Aires, 1957.

INDICE

Pág.

A MANERA DE PROLOGO 5

CUARTA PARTE

OBLIGACIONES Y SUS FUENTES

TEMA XXXII

La obligación. Nociones generales 11
Elementos de la obligación 12
Evolución histórica de las obligaciones 14
Clasificación de las obligaciones 17

A) Atendiendo al vínculo contraído 17
I) Obligaciones del derecho civil y del derecho de gentes 17
II) Obligaciones civiles y honorarias 18
III) Obligaciones de derecho estricto y de buena fe 18
IV) Obligaciones civiles y obligaciones naturales 20
Hechos que dieron origen a obligaciones naturales 21
Obligaciones naturales impropias 22

B) Conforme a la naturaleza de la prestación 23
I) Obligaciones divisibles e indivisibles 23
II) Obligaciones genéricas y específicas 25
III) Obligaciones alternativas y facultativas 26

C) En razón de los sujetos que intervienen en la obligación 31
I) Obligaciones de sujeto determinado o invariable y de sujeto indeterminado o variable 31
II) Obligaciones parciarias, mancomunadas o a pro rata y obligaciones correales o solidarias 32

D) Otras clasificaciones 33
I) Obligaciones de dare, prestare y facere 33
II) Obligaciones positivas y negativas 33
III) Obligaciones simples y compuestas 33
IV) Obligaciones transitorias y continuas 34
V) Obligaciones con o sin modalidades 34

TEMA XXXIII

Fuentes de las obligaciones: Generalidades... 35
El Contrato 37
Elementos de los contratos 38
Divisiones de los contratos 40

Pág.

1°) Atendiendo a su origen ... 40
2°) Por el modo de formarse ... 40
3°) Por los poderes de apreciación del juez ... 41
4°) Por sus efectos ... 41
5°) Por su naturaleza ... 42
6°) Por su dependencia ... 42
7°) Por su calificación ... 42

TEMA XXXIV

Los contratos reales: Consideraciones generales ... 45
El contrato de mutuo o mutuum ... 47
Condiciones necesarias para que haya mutuo ... 47
Caracteres del mutuo ... 49
Efectos del mutuo ... 50
Estipulación de intereses ... 51
Rata o tasa del interés ... 52
Riesgos en el mutuo ... 53
Acciones del mutuo ... 53
Senado-Consulto Macedoniano ... 54

TEMA XXXV

El comodato. Definición ... 57
Condiciones necesarias para que haya comodato ... 57
Caracteres del comodato ... 58
Efectos del comodato ... 59
Obligaciones del comodatario ... 59
Obligaciones eventuales del comodante ... 59
Riesgos en el comodato ... 60
Acciones del comodato ... 61

TEMA XXXVI

El depósito. Definición ... 63
Condiciones necesarias para que haya depósito ... 63
Caracteres del depósito ... 64
Efectos del depósito ... 64
Obligaciones del depositario ... 64
Obligaciones eventuales del depositante ... 65
Responsabilidad del depositario ... 65
Acciones del depósito ... 66
Diferencias entre el comodato y el depósito ... 66
Otras variedades del depósito ... 67
El depósito irregular ... 67
El depósito necesario o miserable ... 68
El secuestro ... 69

TEMA XXXVII

La prenda. Definición 71
Origen histórico 71
Condiciones necesarias para que haya prenda 72
Caracteres de la prenda 73
Efectos de la prenda 73
    Obligaciones del acreedor prendario 73
    Oligaciones eventuales del deudor prendario 74
Responsabilidad del acreedor prendario 74
Acciones de la prenda 74
Pacto de anticresis 75
Pacto comisorio 75

TEMA XXXVIII

Los contratos verbis 77
La estipulación. Forma y naturaleza 78
Importancia de la estipulación 78
Condiciones necesarias para que haya estipulación 79
Caracteres de la estipulación 82
Acciones de la estipulación 82
Clases de estipulaciones 83
    1°) Estipulaciones pretorianas 83
    2°) Estipulaciones judiciales 84
    3°) Estipulaciones comunes 86
La dictio dotis 86
La iurata promissio liberti 87

TEMA XXXIX

Modalidades de los contratos 89
La condición 89
Diferentes clases de condiciones 90
Efectos de las condiciones 92
    A) Efectos de la condición suspensiva 93
    B) Efectos de la condición resolutoria 95
El término o plazo 95
Caracteres del término o plazo 96
Efectos del término o plazo 97
    A) Término o plazo suspensivo 97
    B) Término o plazo extintivo 97
El modus 98
La accesio 100

TEMA XL

Obligaciones correales o solidarias 101
Caracteres de la obligación correal o solidaria 102

Pág.

Relaciones entre las partes 103

A) Entre los acreedores correales y los deudores correales 103
1°) Varios deudores correales y un solo acreedor 103
2°) Varios acreedores correales y un solo deudor 104

B) Entre los acreedores correales entre si y los deudores correales entre si 104

Utilidad de la correalidad 106
Consideraciones sobre las obligaciones indivisibles 106

TEMA XLI

Estipulaciones y promesas accesorias 109
La adstipulatio 109
La adpromissio 111
Sponsores y fideipromissores 112
Fideiussores 114
Efectos de la fianza 114
1°.—Relaciones del acreedor con los fiadores 114
2°.—Relaciones entre el fiador y el deudor principal 117
3°.—Relaciones de los fiadores entre si 117
Extinción de la fianza 118

TEMA XLII

Contratos litteris 121
Caracteres del contrato litteris 124
Efectos del contrato litteris 124
Los chirographa y los syngrapha 124
Excepción de non numeratae pecuniae 125

TEMA XLIII

Noción de los contratos consensuales 127
La venta 127
Elementos esenciales de la venta 129

A) El consentimiento de las partes 129

B) La cosa u objeto vendido 130

C) El precio 131

Modalidades especiales de la venta 132
Efectos y acciones de la venta 135
1°.—Obligaciones del vendedor 135

A) Obligación de entregar la cosa 135

B) Garantía contra la evicción 137

Pág.

C) Garantía contra los vicios ocultos 139

2°.—Obligaciones del comprador 141
Riesgos de la Venta 143
1°.—Venta pura y simple o a término 143
2°.—Venta condicional 144

TEMA XLIV

El arrendamiento 145
Evolución histórica del arrendamiento 146
Arrendamiento de cosas 147
Elementos esenciales 147
Efectos y acciones en el arrendamiento de cosas 148
1°.—Obligaciones del arrendador 148
2°.—Obligaciones del arrendatario 149
Extinción del arrendamiento de cosas 151
Arrendamiento de servicios 152
1°.—Obligación del arrendador 152
2°.—Obligación del arrendatario 152
Arrendamiento de obra 152
1°.—Obligación del arrendador 154
2°.—Obligación del arrendatario 154

TEMA XLV

La sociedad 157
Caracteres de la sociedad 158
Elementos esenciales de la sociedad 159
Diversas clases de sociedades 160
a) Sociedades universales 160
b) Sociedades particulares 161
Distribución de ganancias y pérdidas 162
Efectos del contrato de sociedad 163
Disolución de la sociedad 166

TEMA XLVI

El mandato 169
Elementos esenciales del mandato 169
Diferentes especies de mandato 171
Efectos del mandato 172
1°.—Obligaciones del mandatario 172
2°.—Obligaciones del mandante 173
Relaciones del mandante y del mandatario con los terceros 173
Extinción del mandato 175

TEMA XLVII

Contratos innominados 177
Desarrollo histórico de los contratos innominados 178
Elementos del contrato innominado 180

Pág.

Principales contratos innominados ... 181
1°.—El aestimatum ... 181
2°.—El cambio o permuta ... 182
3°.—El precarium ... 183
Los pactos.—Sus clases ... 184
Pactos aislados ... 184
Pactos agregados a un contrato ... 184
Pactos pretorianos ... 186
1°.—Juramento ... 186
2°.—Constituto ... 186
3°.—Recepta ... 187
Receptum argentarii ... 188
Receptum arbitrii ... 188
Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum ... 188
Pactos legítimos ... 188
El pacto de compromiso ... 189

TEMA XLVIII

Obligaciones nacidas como de un contrato ... 191
Gestión de negocios ... 191
Efectos de la gestión de negocios ... 192
1°.—Obligaciones del gestor ... 192
2°.—Obligaciones del dueño ... 193
Diferencias entre la gestión de negocios y el mandato ... 193
Tutela y curatela ... 194
Indivisión o comunidad ... 194
Vecindad ... 196
Adquisición de herencia ... 197
Enriquecimiento sin causa ... 197
Pago de lo indebido ... 198
Condiciones ... 199
Efectos de la condictio indebiti ... 201
Otros enriquecimientos injustificados ... 203
I) Condictio ob rem data o condictio causa data causa non secuta 203
II) Condictio ob turpem causam ... 203
III) Condictio ob iniustam causam ... 204
IV) Condictio sine causa ... 204
Lex Rhodia de Iactu ... 205

TEMA XLIX

El delito como fuente de obligación ... 207
Clasificación de los delitos ... 207
Evolución de los delitos ... 208
Delitos privados ... 211
Acciones que engendran los delitos privados ... 211
Furtum (hurto) ... 212
Rapina (robo) ... 215
Iniuria ... 216

Pág.
Damnum iniuria datum (daño ilícito) ... 218
Ley Aquilia ... 218
Clases de daños ... 219
Características de la acción ... 220
Obligaciones que nacen como de un delito ... 221
1°.—El caso del juez que hace suyo el proceso ... 222
2°.—Cosas arrojadas o derramadas ... 222
3°.—Cosas suspendidas o colgadas ... 222
4°.—Hurtos y daños cometidos por los dependientes ... 223

TEMA L

Donación entre vivos ... 225
Caracteres de las donaciones entre vivos ... 225
Forma y efectos de las donaciones entre vivos ... 226
1°.—Derecho antiguo ... 226
2°.—Régimen de la ley Cincia ... 226
3°.—Reforma de Antonino Pio ... 227
4°.—Régimen de la insinuación ... 227
5°.—Reformas de Justiniano ... 228
Casos en que puede ser revocada una donación entre vivos ... 228
Donaciones mortis causa ... 229
Caracteres de la donación mortis causa ... 229
Forma y efectos de las donaciones mortis causa ... 229
Caducidad de las donaciones mortis causa ... 231

TEMA LI

Extinción de las obligaciones ... 233
Pago (solutio) ... 235
¿Quien puede pagar? ... 236
¿A quien debe pagarse? ... 237
Objeto del pago y como realizarlo ... 238
Beneficio de dación en pago ... 238
Beneficio de competencia ... 239
Cuando debía pagarse ... 239
Donde debía pagarse ... 240
Prueba del pago ... 240
Imputación del pago ... 241
Consignación ... 241
Novación ... 242
Efectos de la novación ... 245
Confusión ... 246
Compensación ... 246
Acceptilatio (aceptilación) ... 250
Pacto de non petendo ... 250
Pérdida de la cosa ... 251
Prescripción ... 252
Capitis deminutio ... 254
Mutuo disentimiento ... 254
Bibliografía ... 257